﴿ الجزء الخامس من ﴾

كتاب

المنتقى شرح موطأ امام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضي الله عنه

تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث
الباجي الاندلسي من أعيان الطبقة العاشرة من علماء السادة
المالكية المولود سنة ٤٠٣ المتوفى سنة ٤٩٤
رحمه الله ورضي عنه

« الطبعة الاولى ـ سنة ١٣٣٢ هـ »

مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر

الطبعة الثانية
دار الكتاب الإسلامي
القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ بيع الطعام بالطعام لافضل بينهما ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن سليمان بن يسار قال فنى علف حمار سعد بن أبى وقاص فقال لغلامه خذ من حنطة أهلك فابتع بها شعيرا ولا تأخذ الا مثله ❊ مالك عن نافع عن سليمان بن يسار أنه أخبره أن عبد الرحمن بن الاسود بن عبد يغوث فنى علف دابته فقال لغلامه خذ من حنطة أهلك طعاما فابتع بها شعيرا ولا تأخذ الا مثله ❊ مالك أنه بلغه عن القاسم بن محمد عن ابن معيقيب الدوسى مثل ذلك قال مالك وهو الامر عندنا ﴾ ش قوله رضى الله عنه خذ من حنطة أهلك يحتمل أن يريد به أهل الغلام اذا كان قوتهم من عند سعد بن أبى وقاص اما لأنهم رقيق له أو لأنهم ممن ينفق عليهم غلامه على ما يجب عليه أو على ما جرت به العادة فأمره أن يأخذها على وجه الاقتراض حتى يعيد عليه مثل ذلك ويحتمل أن يريد بأهله أهل سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه وهم موالى نفقته ووصفهم بانهم أهل للغلام بمعنى انهم ممن يسعى عليهم وينضوى اليهم

(فصل) وقوله فابتع به شعيرا يقتضى جواز بيع الحنطة بالشعير وانه ان كان حقيقة البدل وهو أخص به الا أن اسم البيع ينطلق عليه وقوله ولا تأخذ الا مثله يريد المثل فى المقدار لأن المماثلة فى الصفات محال فى القمح والشعير فلم يبق الا المماثلة فى القدر ونهيه عن أن لا يأخذ الا مثله دليل على تحريم التفاضل فيه عندهم لأنه لا خلاف أن الحنطة أفضل من الشعير وانه لو جاز ذلك لوجدوا بالحنطة من الشعير أفضل من مكيلتها فلم يذكروا ذلك لأنه ممنوع عندهم وهذا يقتضى أن الحنطة

﴿ بيع الطعام بالطعام لافضل بينهما ﴾
❊ حدثنى يحيى عن مالك انه بلغه ان سليمان بن يسار قال فنى علف حمار سعد ابن أبى وقاص فقال لغلامه خذ من حنطة أهلك فابتع بها شعيرا ولا تأخذ الا مثله ❊ وحدثنى عن مالك عن نافع عن سليمان ابن يسار أنه أخبره ان عبد الرحمن بن الاسود ابن عبد يغوث فنى علف دابته فقال لغلامه خذ من حنطة أهلك طعاما فابتع بها شعيرا ولا تأخذ الا مثله ❊ وحدثنى عن مالك انه بلغه عن القاسم ابن محمد عن ابن معيقيب الدوسى مثل ذلك ❊ قال مالك وهو الأمر عندنا

والشعير جنس واحد لا يجوز التفاضل بينهما وكذلك السلت عند مالك هو من جنسهما وقال أبو حنيفة والشافعي هي أجناس يجوز التفاضل فيها والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ما قدمناه في كتاب الزكاة من الدليل على أنها جنس واحد واذا ثبت انها جنس واحد حرم فيها التفاضل ودليلنا أيضا انه مقتات تساوت منفعته فوجب أن يحرم فيه التفاضل كما لو كان برا كله أو شعيرا كله وقد اختلف أصحابنا في العلس وقد تقدم ذكره في الزكاة (مسئلة) وأما الذرة والدخن والارز فالمشهور من المذهب أنها أجناس مختلفة يجوز التفاضل فيها وروى زيد بن بشر عن عبد الله ابن وهب أنه قال الذرة والدخن والارز جنس واحد لا يجوز التفاضل في شيء من ذلك وبه قال الليث وجه القول الأول انفصال بعضها من بعض في المنبت والمحصد ووجه ثان وهو اختصاص بعض البلاد باتخاذ بعضها دون بعض وذلك يدل على اختلاف منافعها وأن بعضها لا يستحيل الى بعض وانما يستدل على ان العينين من جنس واحد بعموم الاتخاذ لهما كالشعير والحنطة واستحالة أحدهما الى الآخر كالحنطة والسلت وجه الرواية الثانية تقارب المنافع المقصودة منها (مسئلة) وأما القطنية فاختلف قول مالك فيها فمرة قال انها جنس واحد لا يجوز التفاضل فيها ومرة قال هي أجناس مختلفة يجوز التفاضل فيها وبه قال ابن القاسم وابن وهب والليث وهو الاظهر عندي لاختلافها في الصورة والمنافع وعدم استحالة بعضها الى بعض واختصاص بعض البلاد ببعضها دون بعض

(فصل) وقول عبد الرحمن بن الاسود بن عبد يغوث خذ من حنطة أهلك طعاما يقتضي أن مطلق اسم الطعام عندهم كان يقتضي الحنطة وأتى بذلك بعد ذكر الطعام لتغاير الاسماء وقوله وقول سعد وقول معيقيب رضي الله عنه ولا تأخذ الا مثله يقتضي النهي عن التفاضل بين الحنطة والشعير ولا يعلم لهما في ذلك مخالف من الصحابة الا ما روي عن عبادة بن الصامت حديثا مرفوعا وليس بالثابت مع ما يحتمل من التأويل والله أعلم وأحكم ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن لا تباع الحنطة بالحنطة ولا التمر بالتمر ولا الحنطة بالتمر ولا التمر بالزبيب ولا الحنطة بالزبيب ولا شيء من الطعام كله الا يدا بيد فان دخل شيئا من ذلك الاجل لم يصلح وكان حراما ولا شيء من الادم كلها الا يدا بيد ﴾ ش وهذا كما قال انه لا يباع مطعوم بمطعوم من جنسه أو غير جنسه الا يدا بيد والاصل في ذلك أن هذا مطعوم فلم يجز فيه التفرق قبل القبض أصل ذلك الجنس الواحد فان قيل لم اختص تحريم التفاضل بالمقتات وكان تحريم تأخير القبض في جميع المطعوم فالجواب أن تأخير القبض أوسع بابا في المنع من التفاضل لأن تحريم التفاضل يختص بالجنس الواحد وتأخير التقابض يتعلق بالجنسين ولذلك جاز التفاضل بين الذهب والفضة ولم يجز فيهما التفرق قبل القبض وكذلك المنع من البيع قبل الاستيفاء أعم من تحريم التفاضل وذلك لا يجوز عند الشافعي في مبيع جملة ولا يجوز عند أبي حنيفة فيما ينقل ويحول وان كان عندهما مما يجوز فيه التفاضل ص ﴿ قال مالك ولا يباع شيء من الطعام والادم اذا كان من صنف واحد اثنان بواحد فلا يباع مد حنطة بمدي حنطة ولا مد تمر بمدي تمر ولا مد زبيب بمدي زبيب ولا ما أشبه ذلك من الحبوب والادم كلها اذا كان من صنف واحد وان كان يدا بيد انما ذلك بمنزلة الورق بالورق والذهب بالذهب لا يحل في شيء من ذلك الفضل ولا يحل الا مثلا بمثل يدا بيد ﴾ ش وهذا كما قال ان ما كان شيأ واحدا من الطعام يريد به الجنس الواحد فانه لا يجوز التفاضل فيه وفي هذا بابان أحدهما في تبيين معنى الجنس والثاني في تبيين معنى المماثلة * فأما الاول فان الجنس تارة يكون جنسا منفردا من الاصل يفارق غيره من

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن لا تباع الحنطة بالحنطة ولا التمر بالتمر ولا الحنطة بالتمر ولا التمر بالزبيب ولا الحنطة بالزبيب ولا شيء من الطعام كله الا يدا بيد فان دخل شيأ من ذلك الأجل لم يصلح وكان حراما ولا شيء من الأدم كلها الا يدا بيد

* قال مالك ولا يباع شيء من الطعام والأدم اذا كان من صنف واحد اثنان بواحد فلا يباع مد حنطة بمدي حنطة ولا مد تمر بمدي تمر ولا مد زبيب بمدي زبيب ولا ما أشبه ذلك من الحبوب والأدم كلها اذا كان من صنف واحد وان كان يدا بيد انما ذلك بمنزلة الورق بالورق والذهب بالذهب لا يحل في شيء من ذلك الفضل ولا يحل الا مثلا بمثل يدا بيد

الاجناس بنفسه كالتمر والعنب وتارة يكون جنسا بالصناعة كالخبز والخل الذى لا يفارق أصله ويتغير عن جنسه بالصناعة والعمل فأما ما يكون جنسا بنفسه كالتمر على اختلاف أنواعه فانه جنس واحد والتين كله جنس واحد حكى ابن المواز أنه لا يجوز التفاضل فيه وان كان منه ما ييبس ومنه ما لا ييبس فان حكم جميعه حكم غالبه وهو انه ييبس فلا يجوز فيه التفاضل * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وعندى أنه جنس واحد على اختلاف أنواعه أبيضه وأسوده والعنب كله نوع واحد وان كان منه ما يزبب وما لا يزبب فانه لا يجوز التفاضل بين هذين النوعين ولا بين سائر أنواعه وزيتون الشام وزيتون مصر نوع واحد لا يجوز فيه التفاضل وان كان زيتون مصر لا زيت فيه وزيتون الشأم فيه الزيت ولبن الضأن والماعز والبقر والابل جنس لا يجوز فيه التفاضل وان كان لبن الابل لا زبد فيه ولبن سائر الانعام فيه الزبد والانيسون والشمار جنس واحد وكذلك الكمونان جنس واحد حكى ذلك الشيخ أبو محمد عن ابن المواز عن ابن القاسم والأظهر عندى اذا قلنا انهما من الطعام أن تكون أجناسا مختلفة لاختلاف منافعها وتباين الاغراض فيها وانها لا تمازج فى منبت ولا محصول ولا يجزئ بعضها عن بعض فى شئ ولا تتقارب فى صورة وانما يجمعها اسم الكمون وليس بظاهر فى الكمون الاسود لأن اسم الشونيز أظهر وأكثر استعمالا (مسئلة) فأما الفلفل والكرا ويا وحب الكزبرة والقرفة والسنبل والقرطم والخردل فأجناس مختلفة حكاه ابن المواز عن أصبغ وحكاه فى التوابل عن مالك والثوم والبصل جنسان مختلفان قاله ابن حبيب ووجه ذلك ما قدمناه

(فصل) وأما تغير الجنس بالصناعة فعلى ضربين أحدهما صناعة تخرج المصنوع عن جنس أصله والثانى صناعة تجمع بينه وبين ما ليس من أصله فأما الاول فانه على قسمين قسم يكون بالنار وقسم بغير نار فأما ما يكون بالنار فانه على وجهين أحدهما أن تنفرد الصناعة بتأثير النار دون اضافة شئ اليه فما كان منه لا ينقص عبرة المصنوع فيما جرت عادته أن يعبر به من كيل أو وزن كقلى الحنطة والحمص والفول وسائر ما يقلى من الحبوب فانها لا ينقص كيل المقلى وهو مما يعبر به فهذا يغير الجنس لأن عمل النار كالامر الثابت فيه والمعنى المضاف اليه بخلاف شئ اللحم اللحم وطبخه فانه ينقص من عين المشوى على وجه التخفيف واذهاب اجزاء رطوبته كتزبيب العنب وتيبيس التمر والتين فلا تغير الجنس (مسئلة) والوجه الثانى أن تكون الصناعة بالنار يقترن بها ما تتم الصناعة به من ملح وابزار وزيت وخل ومرق وغير ذلك مما انضاف اليه منه ما تكون النهاية المعتادة من عمله وسمى صناعة كالابزار والمرقة فى طبخ اللحم والماء والملح فى الخبز فهذا يغير الجنس لمعنى واحد وهو تغييره بالنار وبما يضاف اليه فى الأغلب من نهاية عمله فأما الخبز فلوجهين أحدهما أن الماء والملح هو النهاية من عمله فى الأغلب والوجه الثانى ان النار لا تؤثر فيه نقصا من وزنه دقيقا وأما طبخ اللحم بالماء والملح خاصة فانه لا يغير الجنس لانه يؤثر فيه نقصا وليس بالغاية المعتادة من صناعة فلم تكن صناعة فيه ولا جنسا مخصوصا منه (فرع) واختلاف ما يطبخ به ليس باختلاف جنس فيه كالقلية بالخل والقلية بالمرق والقلية بالعسل والقلية باللبن كل ذلك جنس واحد لا يختلف جنسه لاختلاف ما قلى به لان المعتبر هو اللحم (مسئلة) وأما القسم الذى يكون تغيره بغير نار مما يتغير بطول المدة وينتقل الى قلى الطعام الثابت له بنهاية النضج كتخلل العصير وأما اعتبار طول المدة فلانا انما نراعى فى الجنس المنافع والمقاصد فاذا بيع العصير بالعنب وهو مما يمكن أن يصير

عصيرا من وقته أو في مدة يسيرة فالمقصود من العنب العصير فيدخله المزابنة والتفاضل فيما لا يحل التفاضل فيه وإذا بيع العنب بالخل والخل لا يتأتى من العنب إلا بعد مدة طويلة فليس بمقصود من العنب كما لا يقصد الخل بشراء التمر ولا يقصد التمر بشراء الخل ويجوز التفاضل فيهما لبعد تغير أحدهما إلى الآخر وأما اعتبار الطعام الثابت بنهاية النضج فلأنه غاية الثمرة والمطلوب منها فلا يخرجها وجوده عن جنسها لأنه من تمام جنسها والمحقق لها فيه وأما ما ينتقل إليه بعد ذلك مما هو ضد له كالحوضة والتخلل في العصير فإنه مغير للجنس لأنه ليس من جنس العنب والتمر بسبيل بل يمنعه أن يستعمل على الوجه الذي يستعمل عليه مع وجود طعم للأصل ويحدث فيه منفعة غيرها وإنما نص مالك على خل التمر ثم قاس ابن القاسم عليه خل العنب بالعنب فجوزه روى محمد عنه أنه قال لا أدري إن كان يطول كالتمر فلا بأس به فهذا يدل على تعلقه في هذا الوجه بالطول دون الطعم وقال المغيرة في المدنية لا يحل خل التمر بالتمر ولا خل العنب بالعنب ولا بأس بخل التمر بالعنب وخل العنب بالتمر فلم يجعل لغير الطعم صناعة تغير الجنس وروى أبو زيد بن إبراهيم عن ابن الماجشون إنما يجوز ذلك في اليسير ولا يجوز في الكثير للمزابنة وكذلك الدقيق بالقمح (فرع) فإذا عللنا بالطول فلا يصح خل التمر بنبيذه متفاضلا رواه في العتبية يحيى عن ابن القاسم وعلل بتقارب المنافع ولعله أراد بتقارب انتقالها والا فنافعها وأغراضها متباينة وكذلك لا يجوز خل التمر بنبيذ الزبيب وأما إذا عللنا بما تقدم من الطعم واختلاف الأغراض فإنه يجوز بيع الخل بالنبيذ متفاضلا لما قدمناه وقد روى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية لا بأس بالفقاع بالقمح وهذا لا يعلم فيه التساوي وإنما يخرج عن طعم الأصل على هذا الوجه بتغير الجنس وليس فيه غير تغير الطعم (مسئلة) وأما الضرب الثاني في الصناعة التي تجمع بين الشيء وبين ما ليس من أجناسه في الأصل فهو أن تكون الصناعة تغير الأجناس وتصيرها جنسا واحدا لاختلاف منافع أصولها واتفاق الأغراض فيما تخرجه إليه الصناعة منها كخل التمر وخل العنب وخل العسل فهذه أجناس مختلفة يجوز التفاضل فيها وخلها كلها جنس واحد لا يجوز التفاضل فيه زاد ابن القاسم في المدنية وكذلك كل خل اختلفت أصنافه أو لم تختلف وقاله ابن نافع قال عيسى بن دينار هذه الآخرة خطأ ولذلك قلنا في الإبل والبقر والغنم إنها أجناس مختلفة لاختلاف الأغراض فيها وإن لحومها وألبانها جنس واحد لاتفاق الأغراض فيها (مسئلة) وأما نبيذ التمر ونبيذ العنب ففي كتاب أبي الفرج منها صنفان وفي المدونة عن مالك أنها جنس واحد ووجه الرواية الأولى أنه لما كان التمر والعنب صنفين مختلفين والانتباذ ليس بصناعة تغير الجنس وجب أن يكون نبيذ أحدهما من غير جنس نبيذ الآخر لأنه يستحيل أن يكون نبيذ العنب من جنس نبيذ التمر ونبيذ التمر من جنس نبيذ العنب ومع ذلك فيكون العنب من غير جنس التمر ووجه الرواية الثانية تساوي النبيذين في الاسم والصورة والمنفعة إلا أنه كان يجب على هذا أن يكون الانتباذ صنعة وقد تقدم رواية أبي زيد عن ابن القاسم بتجويز الفقاع بالقمح وهذا يقتضي كون الانتباذ صنعة والله أعلم (مسئلة) وأما الخبز فإنه من القمح والشعير والسلت جنس واحد وقال أشهب في كتاب محمد في خبز القمح والشعير والسلت والأرز والذرة والدخن إنه صنف واحد لا يجوز فيه التفاضل وأما خبز القطنية ففي كتاب محمد عن ابن القاسم أن ذلك أصناف مختلفة وحكي عن أشهب أنه صنف واحد وجه قول ابن القاسم أن الخبز ليس بمعتاد فيها وإنما المعتاد فيها التأدم بها ولذلك قاربت ما يختبز غالبا من الذرة والدخن والأرز ووجه قول أشهب أن هذه حبوب تتخذ خبزا فإذا

تقاربت منافع خبزها وجب أن تكون جنسا واحدا كالدخن والذرة * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ويصح عندي أن نبني القولين على اختلاف قول مالك في أصولهما من القطاني هل هو جنس واحد أو أجناس مختلفة وقد قال ابن القاسم ان سويقها جنس واحد لا يجوز التفاضل فيه فالفرق بينه وبين خبزها انها لا تتخذ خبزا غالبا وتتخذ سويقا غالبا وقال أشهب ان خبز القطنية جنس مخالف لخبز القمح والشعير والسلت والذرة والدخن والأرز والفرق بينهما أن هذه تتخذ خبزا غالبا وهذه لا تتخذ في الغالب خبزا (فرع) فاذا قلنا ان الخبز صنف يجوز التماثل فيه فكيف يكون التماثل فيه ذهب الجمهور من أصحابنا ان المراعى فيه تماثل الدقيق في الخبزين من أصل واحد وقاله أصبغ في هريسة القمح بالارز المطبوخ وهذا عندي على الاطلاق غير ظاهر بل يجب أن يكون التماثل فيه بالوزن ويعتبر بنفسه دون أصله لان الصنعة قد غيرته عن جنس أصله فكيف يعتبر أصله وهو يجوز التفاضل بينه وبين أصله ولو جاز هذا لما جاز بيع الرطب بالرطب لاختلافهما حال الادخار ولما جاز التمر بالتمر لاختلافهما حال الارطاب أو لاختلافهما في الجفوف ولوجب أن لا يجوز بيع النبيذ بالنبيذ متساويا على قولنا بوجوب التساوي فيه لانه لا يستطاع تحري تمر كل واحد منهما ولوجب مثل هذا في الخل بالخل واللحم المطبوخ باللحم المطبوخ (مسئلة) وأما الطحن فليس بمغير للجنس خلافا لعبد العزيز بن أبي سلمة في قوله انه يعتبر الجنس والدليل على صحة ما نقوله ان الطحن ليس فيه أكثر من تفريق الأجزاء وذلك لا يغير الجنس كفت الخبز (فرع) فاذا قلنا انه ليس بغير الجنس فهل يجوز بيع الدقيق بالحنطة متساويا عن مالك في ذلك روايتان احداهما المنع والاخرى الاباحة اختلف أصحابنا في توجيه الروايتين فنهم من قال انهما قولان على الاطلاق وجه المنع ان الطحن ليس بجنس فوجب التماثل فيه بالكيل الذي يعتبر به وعلى تساويهما في الصفة ومن كونهما قمحا أو دقيقا وأما اذا اختلفا اختلافا يوجب عدم العلم بتساويهما حال تساويهما في الصفة ومن كونهما قمحا أو دقيقا فانه لا يجوز ذلك فيهما كالزيت بالزيتون والسمسم بالشيرج ووجه رواية الاباحة أن الكيل معنى يعتبر به التماثل فوجب أن لا يراعى فيه كثرة اجزاء المكيل وقلتها كالتمر الصغير بالتمر الكبير كيلا ومن أصحابنا من قال ان الروايتين انما هما لاختلاف الحالتين فيجوز على وجه ويمنع على وجه واختلف القائلون بذلك في وجه الاباحة فقال بعضهم يجوز كيلا لا وزنا ولا تحريا ومنهم من قال يجوز وزنا ولا يجوز كيلا ووجه اعتبار وزن المكيل ان التماثل في الكيل لا يصح الا بذلك فاذا وصل الى التماثل وجب أن يراعى والله أعلم وأحكم ووجه اعتبار الوزن ان المعنى المبيح لبيع المقتات بجنسه التماثل فاذا تعذر مقداره انتقل الى غيره كالتمر بالتمر المكيل

(الباب الثاني في ما يقع التماثل به في المقادير)

أما ما يقع التماثل به في المقادير فانه على ضربين أحدهما أن يكون له مقدار في الشرع والثاني أن لا يكون له مقدار في الشرع فاما ما كان له مقدار مشروع فكالكيل في الحبوب لان النبي صلى الله عليه وسلم ذكر الاوسق في زكاة التمر وحكم الحبوب حكمها في اعتبار نصب الزكاة وكان الكيل مشروعا فيها وكذلك شرع في اخراج زكاة الفطر وشرع في اخراج فدية الأذى فلا يجوز على هذا شيء من الحبوب بجنسه بغير الكيل لان التماثل يعلم (مسئلة) وأما ما ليس له مقدار في الشرع فانه على ضربين أحدهما أن يكون له مقدار معتاد من الكيل أو الوزن والثاني أن لا يكون له مقدار من أحدهما فاما ما له مقدار معتاد منهما فهو ينقسم قسمين أحدهما أن لا يختلف مقداره باختلاف البلاد والثاني أن يختلف باختلافها فاما ما لا يختلف فمثل اللحم الذي يعتبر بالوزن في كل

بلدوكذلك الخبزعبرته الوزن على كل حال فهذا أيضا لايجوز التساوى فيه بمقدار غيره فكذلك مايعتبر بالكيل فى كل بلد من الحبوب المقتاتة (مسئلة) فاماما يختلف حكمه وتقديره باختلاف عادات البلاد فكالسمن واللبن والزيت والعسل الذى عادات بعض البلاد فيه الوزن وبعضها الكيل (مسئلة) وأما الضرب الثانى وهو مالايتقدر بكيل ولا وزن فكالبيض والجوز عند من يجرى فيها الربا ص ﴿ قال مالك واذا اختلف ما يكال أو يوزن مما يؤكل أو يشرب فبان اختلافه فلابأس أن يؤخذ منه اثنان بواحد يدابيد ولابأس أن يؤخذ صاع من تمر بصاعين من حنطة وصاع من تمر بصاعين من زبيب وصاع من حنطة بصاعين من سمسم فاذا كان الصنفان من هذا مختلفين فلابأس باثنين منه بواحد أو أكثر من ذلك يدابيد فان دخل فى ذلك الاجل فلايحل قال مالك ولا تحل صبرة الحنطة بصبرة الحنطة ولابأس بصبرة الحنطة بصبرة التمر يدابيد وذلك انه لابأس أن يشترى الحنطة بالتمر جزافا * قال مالك وكل ما اختلف من الطعام والادم فبان اختلافه فلابأس أن يشترى بعضه ببعض جزافا يدابيد فان دخله الاجل فلاخير فيه وانما اشتراء ذلك جزافا كاشتراء بعض ذلك بالذهب والورق جزافا وقال مالك وذلك انك تشترى الحنطة بالورق جزافا والتمر بالذهب جزافا فهذا حلال لابأس به ﴾ ش وهذا كما قال ان ما اختلفت منافعه والمقاصد منه فتبين ذلك فيه فهذا الذى يعبر عنه بانهما جنسان مختلفان فلابأس أن يؤخذ من أحدهما اثنان بواحد من الآخر وذلك كالحنطة والتمر لابأس بصاعين من أحدهما بصاع من الآخر وكذلك سائر الأجناس المختلفة وقوله فان دخل ذلك الأجل فلايحل يريد أنه وان جاز فيه التفاضل بين الجنس من المطعوم فلايجوز الأجل بينهما متساويين ولامتفاضلين لان العلة فى منع ذلك التفرق قبل القبض فى المطعومين من دون مراعاة جنس ولامساواة (مسئلة) ومن اشترى من رجل ثوبا بقفيز حنطة فدفع اليه الحنطة فأتلفها ثم أقاله قبل قبض الثوب على أن يرد اليه مثلها جاز وانما راعى فى ذلك المال انه حنطة بحنطة الى أجل لان الغرض فى مثل هذا يضعف والتهمة تبعد ومثل هذا يجوز فى القراض وانما يبلغه حكم الذرائع حيث تتيقن التهمة أو تقوى وكذلك لو باع منه قفيز حنطة بدراهم الى أجل فأقاله منه قبل الأجل أو بعده فرد اليه مثله جاز ولايجوز أن يرد اليه من غير نوعه لان ذلك طعام بطعام الى أجل

(فصل) وقوله لاتحل صبرة الحنطة بصبرة الحنطة وذلك قد يريد ان الصبرة مجهولة القدر فاذا كان العوضان مجهولى القدر لم يصح فيما يحرم فيه التفاضل لان الجهل بالتساوى فيه كالعلم بالتفاضل لانه عقد البيع على وجه لايأمن التحريم فيه ومن شرط صحة العقد أن يعلم اباحته فلايجوز الجزاف فى يسيره ولا كثيره فمتى عجز عن كيله بطلت المبادلة بخلاف الذهب فى الدنانير القائمة التى يجوز بدل الدينار والدينارين اذا كانا ناقصين بدينار أو دينارين وازنين لان للدنانير عبرة غير الوزن وهو العدد فصح الرجوع اليه على وجه مّا وأما الحنطة فلاعبرة لها غير الكيل فلايجوز المبادلة فيها الابه ولايلزم على هذا التحرى فانه لايصح الا فيما يصح فيه الوزن ومن جوّزه فى المكيل ففى قدر له كيل

(فصل) وقوله ولابأس بصبرة الحنطة بصبرة التمر يدابيد ووجه ذلك أن التفاضل جائز بينهما وليس واحد منهما من جنس الآخر فالجهل بالتساوى فيهما لايمنع صحة البيع كما لايمنعه العلم بالتفاضل وليس هذا بمنزلة الجنس الواحد مما لايجوز فيه التفاضل فلايجوز بعضه ببعض جزافا مع تجويز التساوى والتفاضل لان الجنسين لما اختلفت الأغراض فيهما وتباين أمرهما لم تقصد المغابنة

* قال مالك واذا اختلف ما يكال أو يوزن مما يؤكل أو يشرب فبان اختلافه فلابأس أن يؤخذ منه اثنان بواحد يدابيد ولا بأس أن يؤخذ صاع من تمر بصاعين من حنطة وصاع من تمر بصاعين من زبيب وصاع من حنطة بصاعين من سمن فاذا كان الصنفان من هذا مختلفين فلابأس باثنين منه بواحد أو أكثر من ذلك يدابيد فان دخل فى ذلك الأجل فلا يحل . * قال مالك ولاتحل صُبْرة الحنطة بصبرة الحنطة ولا بأس بصبرة الحنطة بصبرة التمر يدا بيد وذلك انه لا بأس أن يشترى الحنطة بالتمر جزافا * قال مالك وكل ما اختلف من الطعام والأدم فبان اختلافه فلا بأس أن يشترى بعضه ببعض جزافا يدا بيد فان دخله الأجل فلاخير فيه وانما اشتراء ذلك جزافا كاشتراء بعض ذلك بالذهب والورق جزافا * قال مالك وذلك انك تشترى الحنطة بالورق جزافا والتمر بالذهب جزافا فهذا حلال لابأس به

* قال مالك ومن صبر صبرة طعام وقد علم كيلها ثم باعها جزافا وكتم على المشتري كيلها فان ذلك لايصلح فان أحب المشتري أن يرد ذلك الطعام على البائع رده بما كتمه كيله وغره وكذلك كل ماعلم البائع كيله وعدده من الطعام وغيره ثم باعه جزافا ولم يعلم المشتري بذلك فان المشتري ان أحب أن يرد ذلك على البائع رده ولم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك

في الكيل بينهما ولاقصد كل واحد منهما أن يكون ماأخذ من الكيل أكثر مما أعطى لان له في ذلك غرضا غير الغبن في القدر هو أبين منه وأظهر وهو مخالفة منفعة ماأعطى لمنفعة ماأخذ واذا كانا من جنس واحد وتقاربا كان الأظهر انه انما قصد كل واحد منهما غبن صاحبه في القدر وذلك من باب المخاطرة التي تمنع صحة البيع والمبادلة فاذا تفاوتت المقادير حتى تبين ان أحدهما أكثر من الآخر جاز ذلك بينهما لعدم معنى الغرر والمخاطرة بزيادة الكيل ونقصه

(فصل) وقوله وانما ذلك لاشترائه بالذهب أو الورق جزافا يعني ان اشتراء الحنطة بالتمر جزافا لما كان من جنسين مختلفين جائز كاشتراء الحنطة جزافا بالذهب كان هذا لاخلاف فيه فكذلك ماقسناعليه ص ﴿ قال مالك ومن صبر صبرة طعام وقد علم كيلها ثم باعها جزافا وكتم على المشتري كيلها فان ذلك لايصلح فان أحب المشتري أن يرد ذلك الطعام على البائع رده بما كتمه كيله وغره وكذلك كل ماعلم البائع كيله وعدده من الطعام وغيره ثم باعه جزافا ولم يعلم المشتري ذلك فان المشتري ان أحب أن يرد ذلك على البائع رده ولم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك ﴾ ش قوله من صبر صبرة طعام فباعها جزافا الصبرة من الطعام وغيره تباع على ضربين أحدهما أن تباع على الكيل مثل أن يقول بعتك هذه الصبرة على أن فيها عشرة أرادب بعشرة دنانير فهذا لاخلاف في جوازه لانه انما باعه منها هذا المقدار كل اردب بدينار فان وجد فيها أكثر من عشرة أرادب فالبيع لم يتناول منها الاعشرة أرادب وان وجد فيها تسعة أرادب كان له من الثمن بقدر ذلك والثاني أن يبيعها جزافا على ماقال وهو أن يقول بعتك هذه الصبرة بعشرة دنانير ومعنى ذلك أن العشرة دنانير ثمن لجميعها وان البيع قد تناول جميعها ولم يبع على قدر مايعتبر بهزيادتها عليه أونقصها عنه وهذا جائز عند مالك ووجه ذلك أن هذا مرئي يتأتى فيه الحزر ويقل فيه الغرر ولايظهر فيه القصد الى المخاطرة والمغابنة فجاز بيعه جزافا * وقال القاضي أبو محمد يجوز الجزاف في كل مكيل كالحنطة أو موزون كاللحم أو معدود كالجوز والبيض مما الغرض في مبلغه دون أعيانه ولا آحاده وأما ماليس بمكيل ولاموزون ولامعدود مما الغرض في أعيانه كالخيل والرقيق والثياب فلايجوز فيه الجزاف لان آحاده تحتاج الى أن تفرد بالنظر والمعرفة بحاله وسلامته من العيوب وقيمته في نفسه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد قال ابن حبيب ان الأترج والبطيخ المختلف المقادير يجوز بيعه جزافا ووجه ذلك عندي أن يكون الغرض منه المبلغ خاصة ولذلك يتأتى حزره وأما لو ختلف ثمن صغيره وكبيره لوجب على طريقهم أن لايجوز ذلك فيه وأما ان عللنا الجواز برؤية جميعه فهو جائز

(فصل) اذا ثبت ذلك فان لبيع الجزاف ثلاثة شروط وقد ذكرنا واحدا منها وهو أن يكون المبيع يتأتى فيه الحزر والثاني أن لايعلم المتبايعان أن أحدهما ينفرد بمعرفة مقداره والثالث أن يكون من الكثرة بحيث يخفى أمره ومبلغه على التحقيق فأما الشرط الأول فقد تقدم ذكره ويجب أن يكون ذلك مرئيا وأما الغائب الذي لم تتقدم رؤيته أو الثابت في الذمة فلايتأتى حزره وقد فسره سحنون من قول ابن القاسم في العتبية ووجه ذلك أن الحزر لا يمكن الا بالنظر الى مايجوز فلايصلح الجزاف فيه ولذلك لايصح من الأعمى شهادة فيه وقد روى أشهب وابن نافع عن مالك لايجوز أن تباع الدار الغائبة على الصفة الامذارعة وقال سحنون مثله (مسئلة) وأما الشرط الثالث فان معنى الجزاف أن لايعلم مقداره على التحقيق فان علم ذلك منه خرج عن الجزاف وصار معلوما فيجب أن يكال أو يعرف والمبتاع فيه البائع فان انفرد أحدهما بمعرفته دون الآخر

وعقد البيع على ذلك فقد دخل الغرر فلا يجوز هذا العقد رواه القعنبي عن مالك خلافا لأبي حنيفة والشافعي والدليل على مانقوله ماروى عبيد الله بن عمر عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة و بيع الغرر ودليلنا من جهة المعنى انه باع جزافا مايعلم قدر كيله على الانفراد بعلمه فلم يجز كما لو قال له أبيعك ملء هذه الغرارة وهو يعلم كيلها (فرع) اذا ثبت ذلك فان انعقد البيع على هذا فان ابن حبيب روى عن مالك انه قال يفسخ ولا يلزم على هذا قول ابن القاسم فيمن باع عبدا على الاباق ولم يبين مقداره ان البيع صحيح وله الرد بالعيب اذا تبين له منه التفاوت والفرق بينهما ان ذلك له مقدار يرجع اليه و يطالب به وليس له في مسئلتنا مقدار يرجع اليه و يعول المبتاع عليه ووجه آخر ان البيع في الجزاف على اللزوم والرضا بالخطر وكتمان ماعلم منه وليس كذلك في مسئلة الاباق فانه لم يبين عليه بل المبتاع لم يسئل البائع عن قدر اباقه ولو بنى معه على مثل ذلك في اللزوم في جميع أنواع الاباق وكتمان ماقد علم منه لكان بمنزلة الجزاف في فساد البيع (فرع) فان علم ذلك البيع وكتم صاحبه فهو عيب يرد به المبتاع على البائع ان شاء والدليل على ذلك ان المشترى في حوزه عشرة أقفزة ولو علم بأنها ثمانية لما ابتاعه بذلك الثمن فاذا علم البائع بذلك فقد علم من عيب النقص مالم يطلع عليه المشترى فكان له رده عليه بذلك العيب فاذا استوى علمهما في ذلك كان بمنزلة أن يبيعه على البراءة فلا يكون له الرد بعيب لانه قد ائتمنه على ذلك ولا يمين عليه لانه ليس له مقدار ظاهر عول عليه وانما عول في بيع البراءة على الصحة فكانت له اليمين عليه لانه قد تساوى علمهما في عدم العيب (مسئلة) وهذا حكم ماجوزف بمقداره الذي هو أصل في اعتباره كالكيل في المكيل والوزن في الموزون اذا لم يكن له معنى يعتبر به غير ذلك فأما ما كان له معنيان يعتبر بهما فبيع على أحدهما وجوزف في الآخر مع علم أحد المتبايعين بمقداره فيه فان ذلك لا يرد به ولا يفسد به بيع كالدراهم التي تعتبر بالوزن والعدد فبيعت في بلد تجزى به على الوجهين بأحدهما (مسئلة) وأما المعدود فان كانت مقاديره لا تتفاوت بالصغر والكبر فحكمه حكم المكيل والموزون وأما ماتختلف مقاديره وتتفاوت كالقثاء والبطيخ والأترج فقد روى ابن وهب عن مالك في المبسوط بيعه ممن يعرف عدده جزافا وقال ابن المواز اذا عرف أحد المتبايعين عددهما أوغيره لم يجز بيعه جزافا ووجه الرواية الأولى ان الغرض في مبلغه دون عدده فاذا انفرد بمعرفة عدده فلم ينفرد بمعرفة المقدار المقصود منه كما لو انفرد بمعرفة عدد القمح أو معرفة وزنه ووجه قول ابن المواز ان هذا انفرد بمعرفة مايتقدر به المبيع في البيع فوجب أن لا يجوز كما لو انفرد بمعرفة كيل القمح (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد يكون الجزاف صبرة في الارض و يكون اناء مملوأ كالعدل المملوء قمحا والبيت المملوء تمرا فأما القسم الاول فلا خلاف في ثبوت حكم الجزاف له وأما القسم الثاني فهل يكون جزافا أو كيلا مجهولا اختلف أصحابنا في مسائل على ذلك فاذا قلنا انه من باب الجزاف فيجوز بيع العدل المملوء قمحا والبيت المملوء تمرا اذا أمكن حزر المبيع وتقديره بمعرفة طول البيت وعرضه وارتفاعه وغلظ جدره وكذلك لو ابتاع منه سلة مملوءة عنبا أو تينا وأما ان ابتاع منه ملء هذا العدل من القمح والعدل لا قمح فيه أو يملأ له هذا البيت تمرا أو هذه القارورة ذهبا أو هذه السلة عنبا فان ذلك غير جائز على هذا القول لان هذا جزاف غير مرئي والجزاف يجب أن يكون مرئيا وقد قال ابن القاسم فيمن اشترى من رجل قدر كيل هذه الصبرة من طعام لا يجوز وروى أبو زيد عنه جوازه في سلة التين والعنب أن يشترى منه مثلها وفرق بينهما

وبين اعدال القمح بأن قال كما يجوز السلم فى سلل التين ولا يجوز فى سلل القمح فالرواية الأولى مبنية على أن هذا من باب الجزاف فلذلك لم يجز الامرئيا والرواية الثانية مبنية على أنه من باب الكيل المجهول فلذلك جاز فى العنب لانه ليس له فى الكيل قدر معروف ولا يجوز فى القمح لان له فى الكيل قدرا معروفا فالعدول عنه الى غيره من الكيل المجهول من باب الغرر الذى يمنع صحة البيع وقد جوز ذلك فى العدل المملوء من القمح وذلك على أحد وجهين إما على قولنا انه صبرة فلا يجوز أن يبيعه ملء هذا العدل لانه من باب الكيل المجهول وفيه القولان لابن القاسم على ماتقدم ولا خلاف على مذهب ابن القاسم أن من ابتاع طعاما أوغيره مماله قدر بحيث الناس كيل معلوم بغير ذلك الكيل انه لا يجوز وانما يجوز ذلك عنده فى التبن والعلف بحيث لا كيل للناس ووجه منعه القصد الى الغرر للعدول عن المقادير المعروفة وابتياع صبرة غير مرئية (فرع) فان وقع فهل يفسخ أم لا قال أشهب لا يفسخ وقال غيره يفسخ وجه قول أشهب ان هذا غير مجهول القدر فلم يجز فسخه أصل ذلك الصبرة ووجه ايجاب الفسخ نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ومن جهة المعنى انه يتعذر فيه الحزر ويكثر فيه الغرر فمنع صحة البيع أصل ذلك الجزاف فى الثياب (مسئلة) وكل شئ له مقدار معروف فلا يجوز بيعه بغيره فلا يجوز بيع المكيل بالوزن ولا الموزون بالكيل لانه اذا لم يجز بغير الكيل المعروف فبأن لا يجوز بغير الكيل أولى فأما بيع المكيل عددا بما يمكن ذلك كالرطب فان مالكا يمنع منه ورواه أبو زيد عن ابن القاسم وقال ابن وهب لا بأس به اذا أجازه بصبرة بجميعه وقال ابن القاسم يجوز ذلك فى اليسير الذى لا يمكن فيه الكيل ووجه قول مالك انه اعتبر المبيع بما لا يتقدر به فوجب أن لا يصح كما لو بيع المكيل بالوزن ووجه ماقاله ابن القاسم انه لما لم يتأت فيه الكيل خرج عن أن يكون مكيلا

(فصل) وكذلك كل ماعلم البائع كيله وعدده من الطعام وغيره ثم باعه جزافا ولم يعلم المشترى ذلك يريد مما يجوز فيه الجزاف ليبين أن المعدود حكمه فى ذلك حكم المكيل فان علم عدده البائع فباعه جزافا ولا يعلم المشترى بعلمه لذلك فان ذلك كالعيب الذى للمبتاع الرد به أو الرضا به ولا يفسد بذلك البيع ووجهه ان الذى يفسد البيع انما هو معرفة المبتاع لعلم البائع بقدر الكيل فيقدم فى ابتياعه على هذا الغرر وهذا معلوم فى مسئلتنا

(فصل) وقوله ولم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك يريد عن كتمان علمه لما فيه من التدليس بما يوجب الخيار للبائع ولو أعلمه انه قد علم بذلك لما جاز له أن يبيعه منه جزافا وانما كان يجوز له بيعه منه ومن غيره بعد أن يعلمه بمقداره من الكيل فى المكيل والوزن فى الموزون والعدد فى المعدود فيبيعه على ذلك ص ﴿ قال مالك ولا خير فى الخبز قرص بقرصين ولا عظيم بصغير اذا كان بعض ذلك أكثر من بعض فاما اذا كان يتحرى أن يكون مثلا بمثل فلا بأس به وان لم يوزن ﴾ ش وهذا كما قال انه لا خير فى قرص بقرصين عددا ولا عظيم بصغير على الجزاف لان التساوى معدوم فيهما وأما التحرى فيهما فيصح اذا تحرى تساويهما ووجه ذلك على الظاهر من المذهب أن يتحرى ما فى كل واحد منهما من الدقيق الا أن ظاهر هذا اللفظ يقتضى تحرى الخبز دون الدقيق لانه قال فلا بأس بذلك وان لم يوزنا وهذا انما يستعمل فيما يصح أن يوزن ويكون الموزون أبين فى صحة العقد عليهما واذا رأى غبنا فى تحرى الدقيق لم يصح وزن ما فى القرصين من الدقيق بل ذلك أقعد فى صحة العقد لان تحرى ما فيهما من الدقيق يشق ويكاد أن لا يصح ولو كثر القول بهذا فى المذهب لكان عندى أصح وبالله التوفيق

* قال مالك ولا خير فى الخبز قرص بقرصين ولا عظيم بصغير اذا كان بعض ذلك أكبر من بعض فأما اذا كان يتحرى أن يكون مثلا بمثل فلا بأس به وان لم يوزن

(مسئلة) وأما بيع الدقيق بالعجين تحريا فقد اختلف قول مالك فى بيع اللحم الطرى بالقديد والمشوى فجوزه أولا على التحرى ثم منع منه بكل وجه فأما منع بيع أحدهما بالآخر على التساوى بالوزن فلا يجوز لان ما فى أحدهما من الرطوبة قد عدمت فى الآخر وذلك يمنع صحة التساوى فيهما كالرطب بالتمر وأما بالتحرى فان التحرى يتعذر فى ذلك فى الأغلب ولا يكاد يوصل الى حقيقته كبيع الرطب بالتمر على التحرى ص ﴿ قال مالك لا يصلح مد زبد ومد لبن بمدى زبد وهو مثل الذى وصفنا من التمر الذى يباع صاعين من كبيس وصاعا من حشف بثلاثة أصوع من عجوة حين قال لصاحبه ان صاعين من كبيس بثلاثة أصوع من عجوة لا يصلح ففعل ذلك ليجيز بيعه وانما جعل صاحب اللبن اللبن مع زبده ليأخذ فضل زبده على زبد صاحبه حين أدخل معه اللبن * قال مالك والدقيق بالحنطة مثلا بمثل لا بأس به وذلك لأنه أخلص الدقيق فباعه بالحنطة مثلا بمثل ولو جعل نصف المد من دقيق ونصفه من حنطة فباع ذلك بمد حنطة كان ذلك مثل الذى وصفنا لا يصلح لانه انما أراد أن يأخذ فضل حنطته الجيدة حين جعل معها الدقيق فهذا لا يصلح ﴾ ش وهذا كما قال ان اللبن والزبد مما يحرم فيه التفاضل لان كل واحد منهما مقتات ولان السمن يدخر وهو منها فلا يجوز لذلك بيع مدى زبد بمد زبد ومد لبن لانه لا يعلم تساوى مدى الزبد مع ما فى اللبن من الزبد والزبد الذى معه والجهل بالتساوى فيما يجرى فيه الربا يمنع صحة العقد فكيف وقد تبين فضل مدى الزبد على ما فى اللبن من الزبد وما معه من الزبد ويحرم أيضا من وجه آخر وهو أن ما يجرى فيه الربا لا يجوز بيعه بأصله الذى فيه منه فلا يجوز بيع الزبد باللبن وهكذا كل ما يخرج من الحيوان مما يقتات ويدخر كالسمن والجبن والاقط أو يكون منه ما يدخر كاللبن والزبد فأما ما يقتات منه ولا يدخر منه كالبيض ففيه روايتان أشار اليهما فى المختصر احداهما انه يجرى فيها الربا والثانية لا يجرى فيها الربا والروايتان مبنيتان على جريان الربا فى المقتات المدخر فاذا قلنا ان الربا يجرى فيما يقتات ولا يدخر تعدى الى البيض واذا قلنا لا يجرى الربا فى المقتات الذى لا يدخر جاز فيها التفاضل والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما ثلاثة أصوع من عجوة بصاعين من كبيس وصاع حشف فلا يجوز لما ذكرناه من أن الآخذ الكبيس قصد أن يأخذ ثلاثة أصوع عجوة بصاعين من كبيس لفضل الكبيس فأعطى منها صاع حشف ليجيز البيع بذلك وأصل ذلك ان ما يجرى فيه الربا اذا بيع بعضه ببعض ولم تختلف صفاته فان المراعى فيه المساواة فى الكيل دون غيره لانه ليس فيه غرض آخر يختلف فان اختلفت صفاته كالتمر الصيحانى بالعجوة والجيد بالردىء وكان كل واحد من العوضين من جنس واحد وعلى صفة واحدة فان المساواة فيه بالكيل أيضا لانه لا غرض فى بعض أحد العوضين دون بعض فيجوز فى بعضه لبعض فيقتضى ذلك الاختلاف تقسيط العوض الآخر على أجزائه وذلك علة الفساد فيه فأما اذا كان جميعه على صفة واحدة فقسطت عليه العوض الآخر لتساوت أجزاؤه فى التقسيط عليه

(مسئلة) فان اختلفت صفة أحد العوضين فانه على ضربين أحدهما أن يكون بعضه أفضل من المنفرد وبعضه أدون منه والثانى أن يكون مع اختلاف جميع أجزائه أفضل من المنفرد أو أدون منه فأما الأول فلا خلاف على المذهب انه لا يجوز لان تقسيط أحد العوضين على الآخر يقتضى التفاضل فى أجزائه وذلك يمنع صحة البدل

(مسئلة) وأما الضرب الثانى فالمشهور من مذهب مالك انه لا يجوز وذلك مثل مد حنطة ومد شعير بمدى حنطة يكون المد الذى مع الشعير أدون من كل واحد من المدين وقال ابن المواز ان ذلك جائز وجه ما قاله ابن المواز ان كون أحد

* قال مالك لا يصلح مد زبد ومد لبن بمدى زبد وهو مثل الذى وصفنا من التمر الذى يباع صاعين من كبيس وصاعا من حشف بثلاثة أصوع من عجوة حين قال لصاحبه ان صاعين من كبيس بثلاثة أصوع من العجوة لا يصلح وفعل ذلك ليجيز بيعه وانما جعل صاحب اللبن اللبن مع زبده ليأخذ فضل زبده على زبد صاحبه حين أدخل معه اللبن * قال مالك والدقيق بالحنطة مثلا بمثل لا بأس به وذلك لأنه أخلص الدقيق فباعه بالحنطة مثلا بمثل ولو جعل نصف المد من دقيق ونصفه من حنطة فباع ذلك بمد من حنطة كان ذلك مثل الذى وصفنا لا يصلح لأنه انما أراد أن يأخذ فضل حنطته الجيدة حين جعل معها الدقيق فهذا لا يصلح

العوضين أدون أجزاء من العوض الآخر تبيح فيهما المبادلة كالذهبين بالذهب يكون مع كل واحد من الذهبين أدون من الذهب المنفرد أو أجود فانه جائز ووجه ماقاله ابن القاسم ان التقسيط فيهما مع اختلافهما يقتضي التفاضل بين أبعاض أحد العوضين وأبعاض الآخر وذلك يمنع صحة البدل ويفارق مسئلة الذهب بالذهب (مسئلة) فان بادله مدحنطة ومددقيق بمد حنطة ومددقيق أو مدحنطة ومدشعير بمدحنطة ومدشعير فالمشهور من مذهب مالك المنع رواه عنه ابن القاسم وجوزه ابن المواز ووجه القولين ماتقدم (مسئلة) فاما ان كان مع أحد العوضين من غير جنسه مثل مدحنطة ومدتمر بمدى حنطة فلا خلاف على المذهب نعلمه انه لايجوز فاذا قلنا بقول ابن القاسم فلا خلاف بينه وبين ماتقدم واذا قلنا بقول ابن المواز فالفرق بينهما (١)

﴿ جامع بيع الطعام ﴾

ص ﴿ قال مالك عن محمد بن عبد الله بن أبي مريم انه سأل سعيد بن المسيب فقال انى رجل أبتاع الطعام يكون من الصكوك بالجار فربما ابتعت منه بدينار ونصف درهم فاعطى بالنصف طعاما فقال سعيد لا ولكن اعط أنت درهما وخذ بقيته طعاما ﴾ ش قوله انى ابتاع طعاما يكون فى الصكوك بالجار يريد من الصكوك التى تخرج بالأعطية لاهلها على وجه الهبة والعطية المحضة دون وجه من المعاوضة فنهم من يحتاج فيبيعها فكان هذا يبتاعها ويتجر فيها فربما ابتاع الجملة منها بدينار ونصف درهم اما لانه اشترط على سعرما فأدى الحساب فى الجملة الى دينار ونصف درهم واما لان العقد وقع بهذا العدد حين لم يجب البائع الى البيع بدينار ولا رضيه المبتاع بدينار ودرهم فاتفقا على دينار ونصف درهم وكانت الدراهم فى ذلك الوقت صحاحا فكان من استحق على آخر نصف درهم أخذ به عرضا لعدم الانصاف فأراد محمد بن عبد الله بن أبى مريم أن يدفع طعاما بنصف الدرهم فنهاه عن ذلك سعيد بن المسيب رضى الله عنه وذلك يكون على وجهين أحدهما أن يدفع اليه من ذلك الطعام بعينه والثانى أن يدفع اليه من غيره فان أعطاه من ذلك الطعام بعينه فلا يخلو أن يقاضيه به قبل قبضه له أو يعطيه اياه بعد استيفائه فان أعطاه اياه قبل استيفائه فقد حكى الشيخ أبو محمد عبد الحق عن بعض القرويين لايجوز ذلك لانه بيع الطعام قبل استيفائه الا أن يعرفا الصرف ويتقايلا بمقدار النصف درهم فذلك جائز قال أبو محمد وان أعطاه اياه بعد قبضه ومغيب المبتاع عليه وقال انه منه فلا يجوز له أن يعطيه طعاما منه ولا من غيره من جنسه ولا من غير جنسه ولفظ المدونة يمنع من هذا التعليل الذى رواه أبو محمد لان مالكا قال فى المدونة باثر قول ابن المسيب وانما كره له سعيد أن يعطى دينارا ونصف درهم لان النصف درهم انما هو طعام فكره له أن يعطى دينارا أو طعاما بطعام قال مالك ولو كان النصف درهم ورقا أو غير الطعام فما كان بذلك بأس فانما كرهه مالك من وجه التفاضل بين الطعامين من جنس واحد ولم يذكر بيع الطعام قبل استيفائه وقد روى ابن القاسم عن مالك فى سماع أصبغ فى رجل اشترى بدينار لحما فلما وجب البيع لم يجد الا دينارا ناقصا فأراد أن يضع بقدر النقصان ويأخذ منه دينارا ناقصا فكره ذلك مالك وقال ابن حبيب فيمن ابتاع بدينار لحما فلم يجد الا دينارا ناقصا فقال له خذ من اللحم بنصف الدينار يدخله قبل القبض من الفساد أربعة أوجه بيع الطعام قبل استيفائه أو اقتضاء طعام من طعام والتفاضل فى الطعام والتفاضل فى الورق ويدخل بعض القبض ذلك كله الا بيع الطعام قبل استيفائه وفى كتاب ابن مزين انما كرهه لانه

﴿ جامع بيع الطعام ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن محمد بن عبد الله بن أبى مريم أنه سأل سعيد بن المسيب فقال انى رجل ابتاع الطعام يكون من الصكوك بالجار فربما ابتعت منه بدينار ونصف درهم فأعطى بالنصف طعاما فقال سعيد لا ولكن اعط أنت درهما وخذ بقيته طعاما

اذا أعطاه من تلك الحنطة قبل قبضها فهو بيع الطعام قبل استيفائه وان أعطاه حنطة من غير تلك الحنطة لم يجز لانه دينار وحنطة بفضة قال أبو محمد وابن القاسم يجيز الاقالة في الطعام قبل أن يفترقا ولكن أرى العلة في النهي عن ذلك ان لما أقاله من هذا الطعام حصة من الذهب والفضة فأعطاه لما قابل من الذهب فضة قبل قبض الطعام وأيضا فان ثمن ما يقيله منه لا يعرف الا بالقيمة (مسئلة) وأما اذا استوفاه ثم رد عليه منه الا بقدر نصف الدرهم فقد قال الشيخ أبو محمد والشيخ أبو الحسن انه لا يجوز ذلك ولا يصح فيه الاقالة لان الطعام الذي رد له حصة من الدينار ومن النصف الدرهم فلهذا لا يجوز أن يقيله منه بفضة قال أبو محمد عبد الحق والأظهر ان هذا صواب لانه انما راعى هذا في فساد الاقالة قبل قبضه وأما بعد قبضه فذلك لان بيعه حينئذ جائز وقد قاله غير واحد وهو جائز عندي وهذا الذي قاله أبو محمد صحيح من ذلك الوجه غير انه يدخله من منع الذرائع ما قدمناه مما قاله ابن حبيب وهو ظاهر قول مالك وما يقتضيه تعليله في المدونة على ما قدمناه (مسئلة) ولو قبض الطعام وغاب عليه وأعطاه من جنسه فلا يجوز أن يعطيه طعاما منه بزعمه ولا من غيره من جنسه أو من غير جنسه قاله بعض القرويين * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ووجه ذلك عندي في ذلك بيع الطعام بالطعام ومع أحدهما ذهب وذلك غير جائز (مسئلة) وأما لو أعطاه من غير نوع القمح فلا يخلو أن يعطيه من جنسه كالشعير والسلت أو من غير جنسه كالتمر والقطنية فان أعطاه بالنصف درهم من جنسه كالشعير أو السلت قبل القبض لم يجز لانه شعير ودينار بحنطة وذلك غير جائز وان كان أعطاه تمرا أو زبيبا جاز لانه يجوز التفاضل بينه وبين الحنطة فكأنه باعه حنطة بدينار وزبيب وهذا يجوز اذا وجد التناجز والقبض قبل التفرق وأما ان أعطاه بعد قبضه وقبل أن يغيب عليه شعيرا أو سلتا فلا يجوز ذلك ولو أعطاه تمرا أو زبيبا لجاز وأما ان غاب عليه فلا يجوز شيء من ذلك لانه يقتضي من ثمن الطعام طعاما وبالله تعالى التوفيق ص ﴿ مالك انه بلغه ان محمد ابن سيرين كان يقول لا تبيعوا الحب في سنبله حتى يبيض ﴾ ش قوله رضي الله عنه لا تبيعوا الحب في سنبله حتى يبيض من باب النهي عن بيع الحب قبل أن ييبس لان سنبله اذا ابيض فقد يبس ما فيه من الحب فاما وقت المنع من البيع وهو حال افراكه فان سنبله لم يبيض بعد وفرق بينه وبين الثمرة أن الثمرة تباع اذا بدا صلاحها وذلك ان كل شجرة يجوز بيع ثمرتها اذا بدا صلاحها وان لم تبلغ حد الادخار وما لم يكن له ساق فيكره ذلك فيه الا أن يبلغ حد الادخار وقد تقدم القول في ذلك ص ﴿ قال مالك من اشترى طعاما بسعر معلوم الى أجل مسمى فلما حل الأجل قال الذي عليه الطعام لصاحبه ليس عندي طعام فبعني الطعام الذي لك علي الى أجل فيقول صاحب الطعام هذا لا يصلح لانه قد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يستوفى فيقول الذي عليه الطعام لغريمه فبعني طعاما الى أجل حتى أقضيك فهذا لا يصلح لانه انما يعطيه طعاما ثم يرده اليه فيصير الذهب الذي أعطاه ثمن الطعام الذي كان له عليه ويصير الطعام الذي أعطاه محللا فيما بينهما ويكون ذلك اذا فعلاه بيع الطعام قبل أن يستوفى ﴾ ش وهذا كما قال ان من كان له عليه طعام من سلم فلما حل الأجل قال أشتري منك طعاما أقضيك منه سلمك فانه لا يجوز أن يبيعه منه الى أجل بمثل رأس مال السلم ولا أقل منه ولا أكثر لانه يدخله فسخ دين في دين لانه كان له عليه طعام يريد فسخه في عين الى أجل وان باع منه لم يجز بأكثر من الثمن الاول ولا أقل منه لانه يدخله بيع الطعام قبل استيفائه ولا بأس به بمثل رأس مال السلم لانه يؤول الى الاقالة وذلك جائز في طعام السلم (مسئلة) وان كان الطعام المؤجل

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن محمد بن سيرين كان يقول لا تبيعوا الحب في سنبله حتى يبيض * قال مالك من اشترى طعاما بسعر معلوم الى أجل مسمى فلما حل الأجل قال الذي عليه الطعام لصاحبه ليس عندي طعام فبعني الطعام الذي لك علي الى أجل فيقول صاحب الطعام هذا لا يصلح لأنه قد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يستوفى فيقول الذي عليه الطعام لغريمه فبعني طعاما الى أجل حتى أقضيك فهذا لا يصلح لأنه انما يعطيه طعاما ثم يرده اليه فيصير الذهب الذي أعطاه ثمن الطعام الذي كان له عليه ويصير الطعام الذي أعطاه محللا فيما بينهما ويكون ذلك اذا فعلاه بيع الطعام قبل أن يستوفى

* قال مالك فى رجـل له على رجل طعام ابتاعه منه ولغريمه على رجـل طعام مثل ذلك الطعام فقال الذى عليه الطعام لغريمه أحيلك على غريم لى عليه مثل الطعام الذى لك على بطعامك الذى لك على * قال مالك ان كان الذى عليه الطعام انما هو طعام ابتاعه فاراد أن يحيـل غريمه بطعام ابتاعه فان ذلك لا يصلح وذلك بيـع الطعام قبل أن يستوفى فان كان الطعام سـلفا حالا فلا بأس أن يحيل به غريمه لان ذلك ليس ببيع ولا يحل بيـع الطعام قبل أن يستوفى لنهى رسول الله صلى الله عليه وسـلم عن ذلك غير أن أهل العلم قد اجتمعوا على انه لا بأس بالشرك والتولية والاقالة فى الطعام وغيـره * قال مالك وذلك أن أهل العلم أنزلوه على وجه المعروف ولم ينزلوه على وجه البيـع وذلك مثل الرجل يسلف الدراهم النقص فيقضى دراهم وازنة فيها فضـل فيحل له ذلك ويجوز ولو اشـترى منه دراهم نقصا بوازنة لم يحل ذلك ولو اشـترط عليه حين أسلفه وازنة وانما أعطاه نقصا لم يحـل له ذلك * قال مالك ومما يشـبه ذلك أن رسـول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة وأرخص فى بيـع العرايا بخرصها من التمر وانما فرق بين ذلك أن بيـع المزابنة بيع على وجه المـكايسـة والتجارة وأن بيـع العرايا على وجه المعروف لا مكايسة فيه * قال مالك ولا ينبغى أن يشترى رجل طعاما بربـع أو ثلث أو كسر من دراهم على أن يعطى بذلك طعاما الى أجـل ولا بأس أن يبتاع الرجل طعاما بكسر من دراهم الى أجل ثم يعطى درهما ويأخـذ بما بقى له من درهمه سلعة من السلع لانه أعطى الـكسر الذى عليه فضة وأخذ ببقية درهمه سلعة فهذا لا بأس به

من قرض لم يجز أن يبتاع منـه طعاما ليقضيه بثمن مؤجـل لانه يؤل الى فسخ دين فى دين ويجوز أن يبتاعه منه بنقد لانه يؤل الى بيـع طعام القرض قبل استيفائه وذلك جائز ص ﴿قال مالك فى رجل له على رجل طعام ابتاعه منه ولغريمه على رجل طعام مثل ذلك الطعام فقال الذى عليه الطعام لغريمه أحيلك على غريم لى عليـه مثل الطعام الذى لك على بطعامك الذى لك على * قال مالك ان كان الذى عليه الطعام انما هو طعام ابتاعه فأراد أن يحيـل غريمه بطعام ابتاعه فان ذلك لا يصلح وذلك بيع الطعام قبل أن يستوفى فان كان الطعام سلفا حالا فلا بأس أن يحيـل به غريمه لان ذلك ليس ببيع ولا يحل بيـع الطعام قبل أن يستوفى لنهى رسول الله صلى الله عليه وسـلم عن ذلك غير ان أهل العلم قد اجمعوا على أنه لا بأس بالشرك والتولية والاقالة فى الطعام وغيره * قال مالك وذلك ان أهل العـلم أنزلوه على وجه المعروف ولم ينزلوه على وجه البيـع وذلك مثـل الرجل يسلف الدراهم النقص فيقضى دراهم وازنة فيها فضل فيحل له ذلك ويجوز ولو اشترى منه دراهم نقصا بوازنة لم يحل ذلك ولو اشترط عليـه حين أسلفه وازنة وانما أعطاه نقصا لم يحل له ذلك * قال مالك ومما يشـبه ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسـلم نهى عن بيـع المزابنة وأرخص فى بيـع العرايا بخرصها من التمر وانما فرق بين ذلك ان بيع المزابنـة بيـع على وجه المـكايسة والتجارة وأن بيـع العرايا على وجه المعروف لا مكايسة فيه﴾ ش وهذا كما قال ان من كان له على رجل طعام من ابتياع وللرجل على آخر مثل طعامه من بيـع لم يجز أن يحيـله به لان البيعتين متواليتان فى طعام واحـد دون استيفاء وليست الحوالة بفاصل بين البيعين بل تؤكد معناهما وتجمعهما فى عين واحدة من الطعام وذلك غـير جائز ولو كان أحـد الطعامين من قرض لجاز ذلك يجوز أن تحيل من له قبلك طعام من قرض على من لك عليه طعام من بيـع وتحيل من له طعام من بيـع على من له عليه طعام من قرض ولا يجوز لاحد هذين المحالين أن يبيـع ما أحيل به قبـل أن يستوفيه لان هذا البيـع يتصل بالبيـع الاول من المحال أو المحال عليه قبل أن يستوفى الطعام وذلك غير جائز وقد تقدم شرح ذلك الى آخر الفصل بما يغنى عن اعادته ص ﴿قال مالك ولا ينبغى أن يشترى رجل طعاما بربع أو ثلث أو كسر من درهم على أن يعطى بذلك طعاما الى أجل ولا بأس أن يبتاع الرجل طعاما بكسر من دراهم الى أجل ثم يعطى درهما ويأخـذ بما بقى له من درهمه سلعة من السلع لانه أعطى الـكسر الذى عليـه فضة وأخذ ببقية درهمه سلعة فهذا لا بأس به﴾ ش وهذا كما قال انه لا يجوز لاحد أن يشـترى طعاما بكسر من درهم على أن يعطى بذلك طعاما الى أجـل لانه يدخله الطعام بالطعام الى أجـل وقد قدمنا انه غـير جائز ولا يبيح ذلك ضرورة لان عنه مندوحة أن يدفع اليه الطعام به نقدا أو يدفع اليه عند انقضاء الاجل درهما كاملا ويأخـذ ببقيته ما شاء ويجوز أن يشـترى منه بكسر الدرهم طعاما ويدفع اليـه درهما كاملا ولا يدخل ذلك بيع وسلف لانهما لم يعقدا على ذلك فان كان علما ان كسر الدرهم لا يوجـد ولا يمكن تسليمه الا أن البائع يتوقع أن يقبض منـه بقية درهمه ما شاء متى شاء أو يشاركه فيه ولو عقدا البيـع

على انه لا يكون للمبتاع بقية الدرهم نساء الى أجل مالكان ذلك بيعا وسلفا ممنوعا ص ﴿ قال مالك ولا باس أن يضع الرجل عند الرجل درهما ثم ياخذ منه بربع أو بثلث أو بكسر معلوم سلعة معلومة فاذا لم يكن فى ذلك سعر معلوم وقال الرجل آخذ منك بسعر كل يوم فهذا لا يحل لانه غرر يقل مرة ويكثر مرة ولم يفترقا على بيع معلوم ﴾ ش وهذا كما قال ان الرجل يجوز له أن يضع عند الرجل درهما ويأخذ منه ببعضه ماشاء ويترك عنده الباقى وذلك يكون على ثلاثة أوجه أحدها أن يضعه عنده مهملا وذلك جائز وقد تقدم ذكره والثانى أن يقول له آخذ به منك كذا وكذا من التمر أو كذا وكذا من اللبن أو غير ذلك يقدر معه فيه سلعة تما ويقدر ثمنها قدرا تما ويترك ذلك حالا يأخذه متى شاء أو يؤقت له وقتا تما فهذا جائز وقد تقدم ذكره والثالث أن يترك عنده فى سلعة معينة أو غير معينة على أن يأخذ منها فى كل يوم بسعره عقدا على ذلك بيعها فان ذلك غير جائز لأن ما عقدا عليه من الثمن مجهول وذلك من الغرر الذى يمنع صحة البيع ص ﴿ قال مالك ومن باع طعاما جزافا ولم يستثن منه شيأ ثم بدا له أن يشترى منه شيأ فانه لا يصلح له أن يشترى منه شيأ الا ما كان يجوز له أن يستثنيه منه وذلك الثلث فما دونه فان زاد على الثلث صار ذلك الى المزابنة والى ما يكره فلا ينبغى له أن يشترى منه شيأ الا ما كان يجوز له أن يستثنى منه ولا يجوز له أن يستثنى منه الا الثلث فما دونه قال مالك وهذا الامر الذى لا اختلاف فيه عندنا ﴾ ش وهذا كما قال ان من باع طعاما جزافا ثم أراد أن يشترى منه مكيلة تما فانه لا يجوز له أن يشترى منه الا بمقدار ما كان يجوز له أن يستثنى فى البيع وذلك بمقدار الثلث فأقل لأنه ان استثنى منه أكثر من الثلث دخل الغرر المبيع وبعد عن الحزر والتحرى فتلحقه الجهالة التى تفسد البيع واستثنى مقدار الثلث فأقل بيسير باضافته الى الجملة فيتأتى حزر ما فيها وتحريه فلذلك جوزناه وأجرينا الابتياع بعد العقد هذا المجرى لئلا يتوصل به الى استثناء ما لا يجوز استثناؤه وهذا من استثناء المكيلة من الثمرة المبيعة فى رؤس الشجر وقد تقدم ذكر ذلك وبيانه بما يغنى عن اعادته

﴿ الحكرة والتربص ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب قال لا حكرة فى سوقنا لا يعمد رجال بأيديهم فضول من أذهاب الى رزق من رزق الله نزل بساحتنا فيحتكرونه علينا ولكن أيما جالب جلب على عمود كبده فى الشتاء والصيف فذلك ضيف عمر فليبع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله ﴾ ش قوله رضى الله عنه لا حكرة فى سوقنا يريد المنع من الاحتكار فى سوق المدينة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام لأن غالب أحوالها غلاء الاسعار وقلة الاقوات وضيقها على المتقوتين بها وذلك يمنع الادخار لما فيه من التضييق على الناس فى أقواتهم وفى هذا أربعة أبواب * أحدها بيان معنى الاحتكار وحكمه * والباب الثانى فى بيان معنى الوقت الذى يمنع فيه الادخار * والباب الثالث فى بيان ما يتعلق به فى المنع من الاحتكار * والباب الرابع فى بيان من يمنع من الاحتكار

(الباب الاول فى بيان معنى الاحتكار وحكمه)

ان الاحتكار هو الادخار للمبيع وطلب الربح بتقلب الأسواق فأما الادخار للقوت فليس من باب الاحتكار (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان احتكار الاقوات وغيرها ليس بممنوع روى ابن المواز عن مالك أنه سئل عن التربص بالطعام وغيره رجاء الغلاء قال ما علمت فيه بنهى ولا أعلم به

---

* قال مالك ولا بأس أن يضع الرجل عند الرجل درهما ثم يأخذ منه بربع أو بثلث أو بكسر معلوم سلعة معلومة فاذا لم يكن فى ذلك سعر معلوم وقال الرجل آخذ منك بسعر كل يوم هذا لا يحل لانه غرر يقل مرة ويكثر مرة ولم يفترقا على بيع معلوم * قال مالك ومن باع طعاما جزافا ولم يستثن منه شيأ ثم بدا له أن يشترى منه شيأ فانه لا يصلح له أن يشترى منه شيأ الا ما كان يجوز له أن يستثنيه منه وذلك الثلث فما دونه فان زاد على الثلث صار ذلك الى المزابنة والى ما يكره فلا ينبغى له أن يشترى منه شيأ الا ما كان يجوز له أن يستثنى منه ولا يجوز له أن يستثنى منه الا الثلث فما دونه وهذا الامر الذى لا اختلاف فيه عندنا

﴿ الحكرة والتربص ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب قال لا حكرة فى سوقنا لا يعمد رجال بايديهم فضول من أذهاب الى رزق من رزق الله نزل بساحتنا فيحتكرونه علينا ولكن أيما جالب جلب على عمود كبده فى الشتاء والصيف فذلك ضيف عمر فليبع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله

بأسا يحبس اذا شاء و يبيعه اذا شاء و يخرجه الى بلد آخر قيل لمالك فمن يبتاع الطعام فيحب غلاءه قال مامن أحد يبتاع طعاما أو غيره الا و يحب غلاءه (مسئلة) و يتعلق المنع بمن يشترى فى وقت الغلاء أكثر من مقدار قوته وذلك أيضا على ضربين أحدهما أن يكون من أهل موضع الابتياع أو غيره فان كان من أهل الموضع فحكمه ما ذكرنا وان كان من غيره فلا يخلو أن يشترى بالفسطاط للريف أو بالريف للفسطاط أو يشترى بموضع من الريف لغيره فان اشترى بالفسطاط للريف فلا يخلو أن يكون بالفسطاط كثيرا فلا يضيق على أهله أو قليلا يضيق على أهله فان كان كثيرا أو عند أهل الريف ما يغنيهم ففى كتاب ابن المواز عن مالك يمنعون ذلك و وجهه أن الفسطاط عمدة الاسلام ومجتمع الناس فاذا تساوت حاله وحال الاطراف منع الانتقال منه لأنه اذا فسد فسدت الارياف والجهات ولا تفسد الجهات مع صلاحه لأن قيامها به (مسئلة) وان كانت الحاجة بالريف والكثرة بالمصر جاز اقتيات أهل الارياف منه بالاخراج اليهم لأن جلب الطعام الى المصر وادخاره بها انما هو عدة للمصر وأريافه وجهاته وان كان بالمصر قليلا يخاف من شراء أهل الارياف له واخراجه عنه مضرة منعوا من اخراجه لتساوى الحالين فان ابتاعوه وأكلوا بالمصر لم يمنعوا منه لأنه لا يجوز اسلامهم للضر والهلكة وانما يمنعون من اضعاف المصر باخراج الطعام منه لأنه اذا لم يكن بد من اتلاف الجهتين كانت مراعاة بقاء المصر أولى

(الباب الثانى فى بيان معنى الوقت الذى يمنع فيه الادخار)

ان لذلك حالتين احداهما حال ضرورة وضيق فهذا حال يمنع فيها من الاحتكار ولا خلاف نعلمه فى ذلك والثانية حال كثرة وسعة فهنا اختلف أصحابنا فالذى رواه ابن القاسم عن مالك انه لا يمنع فيها من احتكار شئ من الاشياء * قال مالك ومما يعيبه من مضى و يرونه ظلما منع التجر اذا لم يكن مضرا بالناس ولا بأسواقه وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك أن احتكار الطعام يمنع فى كل وقت فأما غير الطعام فلا يمنع احتكاره الا فى وقت الضرورة دون وقت السعة وجه ما رواه ابن القاسم أن يمنع فى وقت السعة منع أهل الاحتكار منفعة لا مضرة على غيرهم فى اباحتها ولا منفعة لهم فى منعها وذلك غير جائز كما لا يجوز أن يمنعوا الشرب من الدجلة (فرع) فاذا قلنا برواية مطرف وابن الماجشون فان جميع القطانى والحبوب التى هى للقوت والعلوفة يتعلق بها هذا المنع وكذلك الزيت والعسل والسمن والزبيب والتين وشبهها فان ذلك كله بمنزلة القمح رواه مطرف وابن الماجشون وابن حبيب

(الباب الثالث وهو ما يمنع من احتكاره)

فالذى رواه ابن المواز وابن القاسم عن مالك ان الطعام وغيره من الكتان والقطن وجميع ما يحتاج اليه فى ذلك سواء فيمنع من احتكاره ما أضر ذلك بالناس ووجه ذلك ان هذا مما تدعو الحاجة اليه لمصالح الناس فوجب أن يمنع من ادخال المضرة عليهم باحتكاره كالطعام

(الباب الرابع فى بيان ما يمنع من الاحتكار)

أما ما يمنع من الاحتكار فان الناس فى ذلك على ضربين ضرب صار اليه بزراعته أو جلابه فهذا لا يمنع من احتكاره ولا من استدامة امساكه ما شاء كان ذلك ضرورة أو غيرها روى ابن المواز عن مالك انه قال يبيع هذا متى شاء و يمسك اذا شاء بالمدينة وغيرها (مسئلة) والضرب الثانى من صار اليه الطعام بابتياع بالبلد فان المنع يتعلق به فى وقتين أحدهما أن يبتاعه فى وقت ضرورة وقد

قدمنا بيان ذلك والثاني أن يبتاعه في وقت سعة وجواز الشراء ثم تلحق الناس شدة وضرورة الى الطعام ففي كتاب ابن المواز قيل لمالك فاذا كان الغلاء الشديد وعند الناس طعام مخزون أيباع عليهم قال ماسمعته وقال في موضع آخر فاذا كان في البلد طعام مخزون واحتيج اليه للغلاء فلا بأس أن يأمر الامام باخراجه الى السوق فيباع ووجه ذلك انه انما أبيح لهم شراؤه ليكون عدة للناس عند الضرورة (مسئلة) وان احتكر شيأ من ذلك من لا يجوز له احتكاره ففي كتاب ابن مزين عن عيسى بن دينار انه قال يتوب ويخرجه الى السوق ويبيعه من أهل الحاجة اليه بمثل ما اشتراه به لا يزداد فيه شيأ ووجه ذلك ان المنع قد تعلق بشرائه لحق الناس وأهل الحاجة فاذا صرفه اليهم بمثل ما كانوا يأخذونه أولا حين ابتياعه اياه فقد رجع عن فعله الممنوع منه (مسئلة) فان أبى من ذلك فقد قال ابن حبيب يخرج من يده الى أهل السوق يشتركون فيه بالثمن فان لم يعلم ثمنه فبسعره يوم احتكاره ووجه ذلك نه لما كان هذا الواجب عليه فلم يفعله أجبر عليه وصرف الحق الى مستحقه

(فصل) وقوله ولكن أيما جالب جلب على عمود كبده في الشتاء والصيف قال عيسى بن دينار معناه جلب في قلب الشتاء وشدة برده وقلب الصيف وشدة حره فيلقى النصب في سفره من الحر والبرد * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ان معناه على مايعتمد عليه من كبده ويريد بذلك ان كان يجلب على ظهره أو على ظهر دابته فأضاف كبدها اليه بحق ملكه لها واختصاصها به

(فصل) وقوله رضي الله عنه فذلك ضيف عمر فليبع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله يريد أن عمر يمنعه ممن أراد اجباره على البيع وأضاف المشيئة الى الله لقوله تعالى وماتشاؤن الا أن يشاء الله فلا يشاء الجالب البيع والامساك الا أن يشاء الله تعالى ص ﴿ مالك عن يونس بن يوسف عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبي بلتعة وهو يبيع زبيبا له بالسوق فقال له عمر ابن الخطاب اما أن تزيد في السعر واما أن ترفع من سوقنا * مالك انه بلغه أن عثمان بن عفان كان ينهى عن الحكرة ﴾ ش قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه اما أن تزيد في السعر واما أن ترفع من سوقنا روى ابن مزين عن عيسى بن دينار أن معنى ذلك أن حاطب بن أبي بلتعة كان يبيع دون سعر الناس فأمره عمر أن يلحق بسعر الناس أو يقوم من السوق * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والتسعير على ضربين أحدهما هذا الذي ذكرناه من ان من حط من سعر الناس أمر أن يلحق بسعرهم أو يقوم من السوق وفي ذلك ثلاثة أبواب * أحدها في تبيين السعر الذي يؤمر من حط عنه أن يلحق به * والباب الثاني في تبيين من يختص به ذلك من البائعين * والباب الثالث في تبيين ما يختص به ذلك من المبيعات

(الباب الأول في تبيين السعر الذي يؤمر من حط عنه أن يلحق به)

والذي يختص به في ذلك من السعر هو الذي عليه جمهور الناس فاذا انفرد عنهم الواحد أو العدد اليسير بحط السعر أمر من حطه باللحاق بسعر الناس أو ترك البيع (مسئلة) فان زاد في السعر واحد أو عدد يسير لم يؤمر الجمهور باللحاق بسعره أو الامتناع من البيع لان من باع به من الزيادة ليس بالسعر المتفق عليه ولا بما تقام به المبيعات وانما يراعى في ذلك حال الجمهور ومعظم الناس وفي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك لايقام الناس لخمسة * قال القاضي أبو الوليد وعندي انه يجب أن ينظر في ذلك الى قدر الأسواق والله أعلم وأحكم

* وحدثني عن مالك عن يونس بن يوسف عن سعيد بن المسيب أن عمر ابن الخطاب مر بحاطب ابن أبي بلتعة وهو يبيع زبيبا له بالسوق فقال له عمر بن الخطاب اما أن تزيد في السعر واما أن ترفع من سوقنا * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن عثمان بن عفان كان ينهى عن الحكرة

(الباب الثانى فى تبيين من يختص به ذلك من البائعين)

لاخلاف فى ان ذلك حكم أهل السوق والباعة فيه وأما الجالب ففى كتاب محمد لا يمنع الجالب أن يبيع فى السوق دون بيع الناس وقال ابن حبيب لا يبيعون ماعدا القمح والشعير الا بمثل سعر الناس والا رفعوا كأهل الأسواق وجه مافى كتاب محمد ان الجالب يسامح ويستدام أمره ليكثر مايجلبه مع أن مايجلبه ليس من أقوات البلد وهو يدخل الرفق عليهم بما يجلبه فربما أدى التحجير عليه الى قطع الميرة والبائع بالبلد انما يبيع أقواتهم المختصة بهم ولا يقدر على العدول بها عنهم فى الأغلب ولهذا فرقنا بينهما فى الحكرة وقت الضرورة ووجه ماقاله ابن حبيب ان هذا بائع فى السوق فلم يكن له أن يحط عن سعره لان ذلك مفسد لسعر الناس كأهل البلد قال فأما جالب القمح والشعير فقال ابن حبيب يبيع كيف شاء الا ان لهم فى أنفسهم حكم أهل السوق وان أرخص بعضهم تركوا ان قل من حط السعر وان كثر المرخصون قيل لمن بقى اما أن تبيع كبيعهم واما ان ترفع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان كان البائع للطعام من أهل السوق هل يمنع من بيعه فى دار بسعر السوق وقال ابن حبيب وينبغى فى الطعام أن يخرج الى السوق كما جاء الحديث ووجه ذلك ان بيعه فى الدور اعزاز له وسبب الى غلائه وتطرق ليبيعه البائع كيف شاء بدون سعر أهل السوق اذا لم يعرف له ذلك فى السوق فان كان جالبا فليبعه فى السوق أو فى الدار ان شاء على يده

(الباب الثالث فيما يختص به ذلك من المبيعات)

أما مايختص به ذلك من المبيعات فقال ابن حبيب ان ذلك فى المكيل والموزون مأكولا كان أو غير مأكول دون غيره من المبيعات التى لا تكال ولا توزن ووجه ذلك ان المكيل والموزون مما يرجع الى المثل فلذلك وجب أن يحمل الناس فيه على سعر واحد وغير المكيل والموزون لا يرجع فيه الى المثل وانما يرجع فيه الى القيمة ويكثر اختلاف الاغراض فى أعيانه فلما لم يكن متماثلا لم يصح أن يحمل الناس فيه على سعر واحد وهذا اذا كان المكيل والموزون متساويا فى الجودة فاذا اختلف صنفه لم يؤمر من باع الجيد ان يبيعه بمثل سعر ماهو أدون لان الجودة لها حصة من الثمن كالمقدار (مسئلة) وأما الضرب الثانى من التسعير فهو أن يحد لاهل السوق سعر ليبيعون عليه فلا يتجاوزونه فهذا منع منه مالك وبه قال ابن عمر وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد وأرخص فيه سعيد بن المسيب وربيعة بن عبد الرحمن ويحيى بن سعيد الانصارى وروى أشهب عن مالك فى العتبية فى صاحب السوق يسعر على الجزار بن لحم الضأن ثلث رطل ولحم الابل نصف رطل والا خرجوا من السوق قال اذا سعر عليهم قدر مايرى من شرائهم فلا بأس به ولكن أخاف أن يقوموا من السوق ووجه القول الاول ماروى عن أبى هريرة أنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله سعر لنا فقال بل ادعوا الله ثم جاءه رجل فقال يارسول الله سعر لنا فقال بل الله يرفع ويخفض وانى لأرجو أن ألقى الله وليست لاحد عندى مظلمة ومن جهة المعنى ان اجبار الناس على بيع أموالهم بغير ماتطيب به أنفسهم ظلم لهم مناف لملكهالهم ووجه قول أشهب مايجب من النظر فى مصالح العامة والمنع من اغلاء السعر عليهم والافساد عليهم وليس يجبر الناس على البيع وانما يمنعون من البيع بغير السعر الذى يحده الامام على حسب مايرى من المصلحة فيه للبائع والمبتاع ولا يمنع البائع ربحا ولا يسوغ له منه مايضر بالناس (فرع) فاذا قلنا بقول أشهب ففى ذلك ثلاثة أبواب أحدها فى صفة التسعير والباب الثانى فى ذكر من يسعر عليه والباب الثالث فيما يتعلق به التسعير من المبيعات

(الباب الاول في صفة التسعير)

قال ابن حبيب ينبغي للامام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشيء ويحضر غيرهم استظهارا على صدقهم فيسئلهم كيف يشترون وكيف يبيعون فينازلهم الى ما فيه لهم وللعامة سداد حتى يرضوا به قال ولا يجبرون على التسعير ولكن عن رضا وعلى هذا أجازه من أجازه ووجه ذلك انه بهذا يتوصل الى معرفة مصالح الباعة والمشترين ويجعل للباعة في ذلك من الربح ما يقوم بهم ولا يكون فيه اجحاف بالناس واذا سعر عليهم من غير رضا بما لا ربح لهم فيه أدى ذلك الى فساد الاسعار واخفاء الاقوات واتلاف أموال الناس

(الباب الثاني في ذكر من يسعر عليهم)

أما من يسعر عليهم على هذا القول فهم أهل الأسواق وأما الجالب فلا يسعر عليه شيء الا أن ما يجلبه على ضربين أصل القوت وهو القمح أو الشعير فهذا لا يسعر عليه برضاه ولا بغير رضاه وليبع كيف شاء وأمكنه اذا اتفقوا قاله ابن حبيب فان اختلفوا فقد تقدم بيانه قبل هذا والله الموفق للصواب (مسئلة) وأما جالب الزيت والسمن واللحم والبقل والفواكه وما أشبه ذلك مما يشتريه أهل السوق للبيع على أيديهم فهذا أيضا لا يسعر على الجالب ولا يقصد بالتسعير ولكنه اذا استقر أمر أهل السوق على سعر قيل له اما أن تلحق به والا فاخرج عنه

(الباب الثالث فيما يتعلق به التسعير من المبيعات)

قال ابن حبيب وهذا فيما عدا القطن والبز ويجب أن يختص التسعير بالمكيل والموزون وما غيره فلا يمكن تسعيره لعدم التماثل فيه وقد تقدم معناه من قبل هذا

﴿ ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض والسلف فيه ﴾

ص ﴿ مالك عن صالح بن كيسان عن حسن بن محمد بن علي بن أبي طالب ان علي بن أبي طالب باع جملا له يدعى عصيفيرا بعشرين بعيرا الى أجل ﴾ ش قوله باع جملا له يدعى عصيفيرا بعشرين بعيرا الى أجل على ما قدمناه من بيع الجنس بعضه ببعض متفاضلا الى أجل اذا تباينت الأغراض فيه وقدمنا من قبل ان الغرض من الابل القوة على الحمل فاذا كان هذا الجمل مشهورا بالقوة على الحمل ما بينا فيه غاية في بابه جاز بيعه الى أجل بعشرين من جملة الابل ولا يخلو أن يباع واحد بعشرين الا لانه غاية في بابه وان العشرين ليست في الغرض المقصود منها متقدمة وانما هي من جملة حواشي الابل التي لا توصف بذلك ولا تشارك فيه ص ﴿ مالك عن نافع ان عبد الله بن عمر اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة عليه يوفيها صاحبها بالربذة ﴾ ش قوله اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة الحديث يحتمل أن يكون جواز التفاضل فيها الى أجل لان الراحلة التي أخذ غاية في الحمل والراحلة اسم واقع على الذكر والأنثى من الابل وكذلك البدنة وقد تقدم ذلك في كتاب الحج وأما قوله يوفيه اياها بالربذة فانه اذا عين موضع قضاء السلم جاز ذلك ولزم على ما قدمناه ص ﴿ مالك أنه سأل ابن شهاب عن بيع الحيوان اثنين بواحد الى أجل فقال لا بأس بذلك ﴾ ش قوله في بيع الحيوان اثنين بواحد لا بأس به يحتمل أن يريد به جنسين مختلفين في الخلقة والاسم وهذا لا خلاف في جوازه ويحتمل أن يريد به من جنس واحد في الخلقة والتسمية ولكنهما يختلفان في المنفعة المقصودة من ذلك الجنس أو بالكبر والصغر ان كان مما يختلف به وقد تقدم بيانه قبل هذا ص ﴿ قال مالك

﴿ ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض والسلف فيه ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن صالح بن كيسان عن حسن بن محمد بن علي بن أبي طالب أن علي بن أبي طالب باع جملا له يدعى عصيفيرا بعشرين بعيرا الى اجل * وحدثني عن مالك عن نافع أن عبد الله ابن عمر اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة عليه يوفيها صاحبها بالربذة * وحدثني عن مالك أنه سأل ابن شهاب عن بيع الحيوان اثنين بواحد الى أجل فقال لا بأس بذلك قال مالك

الأمر المجتمع عليه عندنا انه لا بأس بالجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم يدا بيد ولا بأس بالجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم الجمل بالجمل يدا بيد والدراهم الى أجل قال ولا خير فى الجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم الدراهم نقدا والجمل الى أجل وان أخرت الجمل والدراهم لا خير فى ذلك أيضا ﴾ ش وهذا كما قال ان ما يجوز فيه التفاضل نقدا من غير المقتات والذهب والفضة ويحرم فيه التفاضل فيها فان من باع بعضه ببعض يدا بيد فلا يفسد ذلك ما كان معه من زيادة من غير ذلك الجنس نقدا أو الى أجل بعد أن يتعجل المتجانسان فان تأجل شئ من جنسهما لم يجز ذلك بوجه وهذا عقد هذا الباب ووجه ذلك انه اذا لم يتأجل شئ من جنسهما فقد سلما من السلف فلا بأس بالزيادة واذا تأجل شئ من جنس ما تعجل فقد صار سلفا وازداد أحدهما فيما أفسد السلف ص ﴿قال مالك ولا بأس أن يبتاع البعير النجيب بالبعيرين أو بالأبعرة من الحمولة من حاشية الابل وان كانت من نعم واحدة فلا بأس أن يشترى منها اثنان بواحد الى أجل اذا اختلفت فبان اختلافها وان أشبه بعضها بعضا واختلفت أجناسها أو لم تختلف فلا يؤخذ منها اثنان بواحد الى أجل * قال مالك وتفسير ما كره من ذلك أن يؤخذ البعير بالبعيرين ليس بينهما تفاضل فى نجابة ولا رحلة فان كان هذا على ما وصفت لك فلا يشترى منه اثنان بواحد الى أجل ولا بأس بأن تبيع ما اشتريت منها قبل أن تستوفيه من غير الذى اشتريته منه اذا انتقدت ثمنه ﴾ ش قوله رحمه الله ولا بأس أن يباع البعير النجيب بالبعيرين أو بالأبعرة من الحمولة ويحتمل أن يريد بالنجيب جنسا من الابل يختص بهذا الاسم وأكثرها يركب بالسروج لانها للمشى السريع وليست للحمل فهو نوع من الابل يقال لها البخت كما يقال لغيرها الهجن ويقال البخت والعراب ويحتمل أن يريد بالنجيب الفاره القوى على الحمل كما يقال رجل نجيب وفرس نجيب اذا كان متقدما فى جنسه فيكون هذا وصفا لذلك الجمل دون وصف نوعه ولا جنسه فالحمولة من الابل هو ما يحمل عليه منها دون ما يراد للدر والنسل خاصة وحواشيها أدونها وليست بوصف المتقدم منها بأنه من الحواشى وهذا أظهر فى قول مالك رحمه الله البعير الفاره النجيب القوى على الحمل المتناهى فيه بالبعيرين اللذين يحملان الا أنهما من دون الابل وان كان المعجل والمؤجل من نوع واحد * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ولا يجوز عندى أن يريد به النجيب من النوع لان ذلك ليس فى الأغلب مما يغلب عليه فيوصف بأنه حمولة وفى كتاب محمد بن المواز وابن حبيب وأما الابل فما كان فيه النجابة والرحلة صنف فجمع بين النجابة والرحلة وعدل عن ذكر الأنواع ووصفها بالنجب والبخت والعراب والهجن قال ابن حبيب والحمولة وان لم يكن لها فضل نجابة ولها فضل عمل تحمل القباب والمحامل يسلم فى حواشى الابل يريد أن تكون لها قوة على الحمل وان لم تكن لها تلك النجابة فى خلقها كالفرس الجواد فى جريه وان لم يكن من عتاق الخيل فى صورته لكنه لو اجتمعت فى البعير حسن الخلقة والقوة على الحمل لكان أبين كالفصاحة فى العبد اذا اجتمعت مع التجارة كانت أبين فان انفردت الفصاحة لم يكن لها حكم وان انفردت التجارة ثبت لها حكم فكذلك النجابة والحمولة

(فصل) وقوله رحمه الله كانت من نعم واحدة يحتمل أن يريد به من قطيع واحد ومن نسل فحل واحد ويحتمل أن يريد به وان كان نوعها واحدا فاذا اختلفت بما ذكرناه من القوة على الحمل فبان اختلافها جاز أن يباع منها واحد باثنين الى أجل لما ذكرناه من اختلافهما فى المنفعة المقصودة من الجنس.

(فصل) وقوله رحمه الله وان أشبه بعضها بعضا واختلفت أجناسها أو لم تختلف فلا يؤخذ منها اثنان

الامر المجتمع عليه عندنا انه لا بأس بالجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم يدا بيد ولا بأس بالجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم الجمل بالجمل يدا بيد والدراهم الى أجل قال ولا خير فى الجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم الدراهم نقدا والجمل الى أجل وان أخرت الجمل والدراهم لا خير فى ذلك أيضا * قال مالك ولا بأس أن يبتاع البعير النجيب بالبعيرين أو بالابعرة من الحمولة من حاشية الابل وان كانت من نعم واحدة فلا بأس أن يشترى منها اثنان بواحد الى أجل اذا اختلفت فبان اختلافها وان أشبه بعضها بعضا واختلفت أجناسها أو لم تختلف فلا يؤخذ منها اثنان بواحد الى أجل * قال مالك وتفسير ما كره من ذلك أن يؤخذ البعيران ليس بينهما تفاضل فى نجابة ولا رحلة فاذا كان هذا على ما وصفت لك فلا يشترى منه اثنان بواحد الى أجل ولا بأس أن تبيع ما اشتريت منها قبل أن تستوفيه من غير الذى اشتريته منه اذا انتقدت ثمنه

بواحد يريد أنها اذا اشتبهت فى المنفعة المقصودة وتقاربت فيها وهى القوة على الحمل فسواء كان جنسها واحدا بان تكون هجنا كلها أو عرابا كلها أو بختا كلها أو اختلفت أجناسها فكان بعضها هجنا وبعضها عرابا أو على غير ذلك من الاجناس فانه لايجوز منها واحد باثنين الى أجل

(فصل) قوله وتفسير ما كره من ذلك أن يؤخذ البعير بالبعير بن ليس بينهما تفاضل فى نجابة ولا رحلة يريد نهاية التساوى وهو ان يكونا متساويين فى جنس الخلقة ونوعها والصبر على طول السير والقوة على الحمولة وهى الرحلة وانما أراد أن يبين علة منع التفاضل بأبلغ ذلك وذكر رحمه الله كل ماله تأثير فى المنع من ذلك وقد تقدم أن جنس الخلقة وتمامها مؤكد للقوة على الحمل كالفصاحة فى العبد مع التجارة قال فاذا كان هذا على ما وصفت يريد من تساويهما فى المعنيين المذكورين فلا يشترى واحد منه باثنين الى أجل يريد ان تساويهما واتفاق الاغراض فيهما يخرج ذلك عن حد البيع الى حد الغرض الذى ينافى التفاضل

(فصل) وقوله ولا بأس بأن تبيع ما اشتريت منه قبل استيفائه من غير الذى اشتريته منه اذا انتقدت ثمنه يريد انه وان كان مطعوما بعد الزكاة فانه ليس حكمه حكم المطعومات فى المنع من بيعه قبل استيفائه على الكراهية فى الجزاف وعلى التحريم فى المكيل والموزون وما ثبت فى الذمة من الحيوان والعروض فانه يجوز بيعه قبل استيفائه وقوله من غير الذى اشتريته منه تحقيق لمعنى البيع لأنه قد يكون من بائعه منه على وجه الاقالة وربما كان الاغلب من معاملته فيه

(فصل) وقوله رحمه الله اذا انتقدت ثمنه يريد والله أعلم أن لا يبيعه بدين وذلك انه لا يخلو أن يكون الحيوان والعرض مؤجلا أو غير مؤجل فان كان مؤجلا لم يجز بيعه بمؤجل ممن هو عليه ولا من غيره لأنه يدخله فى بيعه ممن هو عليه فسخ دين فى دين ويدخله فى بيعه من غير الكالىء بالكالىء وكلاهما يمنع صحة العقد وهل يجوز أن يسلم فيه رأس مال السلم ويسلم فى المسلم فيه ولا يجوز على غير ذلك وسيأتى ذكره ان شاء الله تعالى ص ﴿ مالك ومن سلف فى شىء من الحيوان الى أجل مسمى فوصفه وحلاه ونقد ثمنه فذلك جائز وهو لازم للبائع والمبتاع على ما وصفا وحليا ولم يزل ذلك من عمل الناس الجائز بينهم والذى لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا ﴾ ش وهذا كما قال رحمه الله ان السلف فى الحيوان بالحلية والصفة جائز لازم ويلزم المسلم اليه تلك الصفة عند انقضاء الاجل ويلزم المسلم قبضها فان كرهها واستغلاها فقد تقدم الاستدلال على صحة ذلك بما يغنى عن اعادته قال مالك وعلى هذا أهل العلم ببلدنا وانما يخالف فى ذلك أهل العراق

﴿ مالا يجوز من بيع الحيوان ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبلة وكان بيعا يتبايعه أهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور الى أن تنتج الناقة ثم تنتج التى فى بطنها ﴾ ش قوله نهى عن بيع حبل الحبلة الحبل هو الحمل والحبلة الجنين فكأنه باعه الى أن ينقضى حمل الجنين الذى فى بطن الناقة بنتج ثم تحمل فيصل البيع بانقضاء حمله وذلك على ضربين أحدهما أن يكون الاجل يتقدر به والثانى أن يكون المبيع هو الجنين الثانى فأما الاول فلا يجوز لأن الاجل مقصود بالعقد فيجب أن يكون معلوما والذى يدخل الفساد فيه أمران أحدهما الجهالة به والثانى أن يكون بعيدا يدخله الغرر لبعده فأما الاول فعلى ما ذكرناه من البيع الى أن تنتج الناقة أو ينتج

قال مالك ومن سلف فى شىء من الحيوان الى أجل مسمى فوصفه وحلاه ونقد ثمنه فذلك جائز وهو لازم للبائع والمبتاع على ما وصفا وحليا ولم يزل ذلك من عمل الناس الجائز بينهم والذى لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا

﴿ مالا يجوز من بيع الحيوان ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبلة وكان بيعا يتبايعه أهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور الى أن تنتج الناقة ثم تنتج التى فى بطنها

مافى بطنها أو الى قدوم فلان أو نزول المطر وغير ذلك مما يختلف اختلافا متباينا تختلف الاغراض باختلافه (مسئلة) وان كان الى أجل بعيد جدا فقد روى ابن القاسم عن مالك فى المدونة يجوز شراء سلعة الى عشرين سنة وقال ابن القاسم فى الموازية انه جوز ذلك الى عشر سنين وكرهه الى عشرين سنة قال ولا أفسخه الى ستين سنة أو تسعين سنة ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال لا ربا فى الحيوان وانما نهى من الحيوان عن ثلاثة عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة والمضامين بيع مافى بطون اناث الابل والملاقيح بيع مافى ظهور الجمال ﴾ ش قوله لا ربا فى الحيوان معناه والله أعلم لا يثبت فيه حكم تحريم التفاضل يدا بيد على ما يثبت فى المدخر المقتات وانه يجوز فى الحيوان من التفاضل ما لا يجوز فى ذلك ولذلك يقال علة الربا عندنا فى البر الاقتيات والادخار وعند الشافعى الطعم وعند أبى حنيفة الوزن والكيل فصارت لفظة الربا مقصورة على هذا الحكم بعرف استعمال الفقهاء

(فصل) وقوله رضى الله عنه وانما نهى من الحيوان عن ثلاثة المضامين والملاقيح وحبل الحبلة وقال مالك رحمه الله المضامين مافى بطون اناث الابل والملاقيح مافى ظهور الفحول وقال غير مالك المضامين مافى ظهور الفحول والملاقيح مافى بطون الاناث والأول أظهر وأكثر ولا خلاف بين الفقهاء فى الحكم انه لا يجوز أن يباع مافى بطن الناقة من جنين ولا مافى ظهر هذا الفحل بمعنى انه يحمله البائع على ناقته فاذا أنتجته كان للمشترى ومن ذلك أيضا أن يعطيه ثمنا على أن يحمل فحله على ناقة المشترى فهذا أيضا لا يجوز لما فيه من الغرر وعليه يتأول مالك ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه نهى عن عسيب الفحل وأما اذا استأجره على أن ينزيه على ناقته أكواما معدودة عددها يسير يمكن أن يتأتى منه فى وقت أو أوقات متقاربة فلا بأس بذلك لان الفحل معلوم معين والأكوام معلومة فليس فيها شئ من الغرر ولا الجهالة ص ﴿ مالك لا ينبغى أن يشترى الرجل شيأ من الحيوان بعينه اذا كان غائبا عنه وان كان قد رآه ورضيه على أن ينقد ثمنه لا قريبا ولا بعيدا * قال مالك وانما يكره ذلك لان البائع ينتفع بالثمن ولا يدرى هل توجد تلك السلعة على ما رآها المبتاع أم لا فلذلك كره ذلك ولا بأس به اذا كان مضمونا موصوفا ﴾ ش قوله ولا يشترى الحيوان الغائب المعين بالنقد قريبا ولا بعيدا هذه رواية الموطأ وروى عنه ابن عبد الحكم فى الحيوان خاصة والذى روى عنه فى غير الموطأ فى المدونة وغيرها انه يجوز النقد فيما قرب دون ما بعد فعلى هذه روايتان فى القرب احداهما انه لا يجوز ذلك وهى رواية الموطأ ووجهه انه مبيع غائب ينقل ويحول فلا يجوز النقد فيه بشرط كالبعيد الغيبة والرواية الثانية انه يجوز ووجهها أن ما قرب يقل فيه الغرر لقرب امكان قبضه وان دخله نقص عرف وقت نقصه فكان ذلك كالحاضر لانه ليس من شرط صحة البيع أن يكون المبيع حاضر البيع بل قد يجوز ذلك والمبيع غائب فى دار البائع ومخزنه (فرع) فاذا قلنا بالفرق بين القرب والبعد فقد روى ابن المواز عن مالك يجوز النقد فيما كان على البريد والبريدين ثم رجع فقال على اليوم ونحوه ويجوز على مسيرة اليوم واليومين وبه قال أشهب وابن القاسم وروى ابن القاسم عن مالك فى الحيوان خاصة البريد والبريدين وروى ابن وهب عنه لا ينقد فى الطعام يكون على نصف يوم حتى يقرب جدا (مسئلة) والبيع بالرؤية المتقدمة على وجهين أحدهما أن يقع على الاطلاق والثانى أن يشترط البائع ان المبيع على الصفة التى كان عليها حين رآه المبتاع فأما الأولى فانه لا يجوز ذلك الا فى مدة لا يكاد المبيع يتغير فيها غالبا هذا قول ابن

* وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال لا ربا فى الحيوان وانما نهى من الحيوان عن ثلاثة عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة والمضامين بيع مافى بطون اناث الابل والملاقيح بيع مافى ظهور الجمال * قال مالك لا ينبغى أن يشترى أحد شيأ من الحيوان بعينه اذا كان غائبا عنه وان كان قد رآه ورضيه على أن ينقد ثمنه لا قريبا ولا بعيدا * قال مالك وانما كره ذلك لان البائع ينتفع بالثمن ولا يدرى هل توجد تلك السلعة على ما رآها المبتاع أم لا فلذلك كره ذلك ولا بأس به اذا كان مضمونا موصوفا

القاسم وأما مالك رحمه الله فلم يفرق فى قوله وانما قال يجوز البيع برؤية متقدمة وهذا الذى قاله ابن القاسم لايجب أن يعتبر به لان المبيع قد يتغير فى طول المدة عما عرفه عليه المبتاع فاذا كان هذا الغالب من حاله حمل عليه قال ابن القاسم فى المدونة ان تقادم تقادما يتغير فيه فالصفقة فاسدة ووجه ذلك ما قدمناه (مسئلة) وان شرط البائع أنها على ما كانت عليه يوم الرؤية ففى المدونة ان العشرة أعوام مما تتغير فيها السلع فلا تباع الا بشرط انها على ما كانت عليه وذلك فيما يبقى على حاله فى مثل هذه المدة كالثياب ولا يمكن هذا فى الحيوان لان سنه يتغير وقال سحنون وليس الحولى كالرباعى والجذع كالقارح فهن انه يجوز فى مدة يمكن أن لا يتغير فيها وبذلك فارق الحولى الرباعى لانه أسرع استحالة وفارق الجذع القارح لانه أسرع استحالة منه وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم فيمن رأى عبدا منذ عشرين سنة ثم اشتراه على غير صفة فذلك جائز ولا ينقد وهو بيع على الصفة التى كان رأى فهذا ان كان أراد به أن العشرين سنة من قصار المدد فغير ظاهر لان هذه مدة يعلم انه تتغير فيها الأسنان غالبا وان كان أراد أن اطلاق العقد محمول على أنه بمنزلة من شرط انه على الصفة التى كان رآه عليها وهو ظاهر قوله فذلك خلاف ظاهر المدونة لقوله فى عشرة أعوام لا يجوز ذلك الا أن يشترط أنها على ما كانت عليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) وفى صحة بيع المبيع البعيد الغيبة على ما ذكرناه شرطان أحدهما أن لا يضرب لقبضه أجلا روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم ان ضرب لذلك أجلا لم يجز زاد محمد بن المواز قريبا ولا بعيدا ووجه ذلك ان أجل قبضه يفسد لانه متقدر بتقديرين أحدهما مسافة ما بين بلد البيع وبلد المبيع والثانى الأجل الذى يضربانه وذلك يمنع صحة العقد كالوا كترى دابة من مصر الى الشام على أن يقطع ذلك فى مدة سمياها (مسئلة) والشرط الثانى أن لا يشترط المبتاع على البائع حمل المبيع الى بلد بعيد يستوفيه فيه منه وان كان موضع العقد فان شرط ذلك لم يجز قاله ابن القاسم فى العتبية وهذا على وجهين أحدهما أن يستوفى المبتاع المبيع حيث شرطا بينهما حمله والثانى أن يشترط قبضه فى موضعه ثم يكون على البائع حمله فأما الأول فهو الذى قلنا انه لا يجوز وقال محمد بن المواز وانما لم يجز من أجل الضمان ومعنى ذلك أنه تضمنه له البائع فى حمله الذى يختص بغرض المبتاع مع ما فى السفر من الغرر الا أن تكون المسافة اليسيرة التى لا غرر فيها غالبا (مسئلة) وأما الوجه الثانى فهو جائز لا يضمن البائع المبيع لما يختص بغرض المبتاع وانما يضمنه لمعنى يخصه وذلك أن الطعام مضمون على الكرى اذا غاب عليه وانفرد بحمله دون صاحبه وحكم هذا الضمان حكم ضمان المبيع قبل الاستيفاء وبذلك يختص هذا بنوع من الطعام والله أعلم وأحكم (مسئلة) فأما البعيد الغيبة فلا يخلو أن يكون مما ينقل ويحول كالثياب والأطعمة والعروض المنقولة أو مما لا ينقل كالأرض والدور والأصول الثابتة والأشجار فأما ما ينقل فلا يجوز النقد فيه زاد محمد بن المواز وان شرط الضمان على المبتاع لما فى ذلك من الغرر لانه لا يدرى ما آل اليه حاله منذ زال عن بائعه ولا يكاد أن ينتهى خبره فيعتبر وقت ضياعه وما يطرأ عليه من النقص والزيادة فان كان على غير النقد جاز لسلامة ذلك من الغرر (مسئلة) وأما الأصول الثابتة فيجوز ذلك فيها ابن القاسم على النقد وهو المشهور من مذهب مالك ومنع منه أشهب وجه القول الأول أنه انما منع مالك ذلك فى الحيوان والعروض لسرعة استحالتها فى أنفسها وامكان نقصها فاذا قبض البائع الثمن فلم يقبضه على ثقة انه له لجواز أن يكون المبيع قد هلك أو دخله نقص أو يدخله فى المستقبل فيجب عليه رد الثمن سلفا واذا كان ذلك

مما يتكرر فقد قبضه على انه ان قبض المبتاع المبيع فهو ثمنه وان لم يقبضه كان عنده سلفا يرده فلم يجز فيه اشتراط النقد وأما الأصول الثابتة فانها مأمونة لا يدخلها في الأغلب نقص ولا زيادة ولا تغير ولذلك كان ضمانها من المبتاع فالبائع انما يقبض الثمن على انه له في الأغلب كالمبيع الحاضر وان جاز أن يؤجل به عيب يوجب عليه رد الثمن لما كان يقل و يندر لم يؤثر في صحة العقد ووجه القول الثاني ان هذا معين بعيد الغيبة فلم يجز بيعه بشرط النقد كالحيوان

(فصل) وقوله وان كان قد رآه ورضيه يريد ان المبتاع البعيد الغيبة لا يجوز بيعه بشرط النقد وان كانت تقدمت رؤية المشتري له يريد أن للرؤية تأثيرا في بيع الأعيان الغائبة فلا يجوز عند مالك بيعها الا برؤية متقدمة أو صفة خلافا لأبي حنيفة في قوله ان ذلك جائز وللمبتاع خيار النظر والدليل على ما نقوله ان هذا مجهول الصفة عند المبتاع حال العقد فلم يجز بيع أصله اذا قال له بعتك ما في يدي (فرع) وهذا اذا كان على وجه البيع والمكايسة فأما اذا كان على وجه المعروف والمكارمة فان ذلك جائز ويلزم المولى دون المولى وذلك مثل أن يقول رجل ابتعت سلعة رخيصة فيقول له آخر ولنيها فيقول قد فعلت ثم يقول له هي دابة أو جارية أو ثوب ابتعته بكذا لان هذا العقد مبني على المكارمة فقد عرا عن الغرر لان المبتاع الذي جهل صفته لا يلزمه البيع والبائع الذي لزمه البيع عالم به ومكارم له (مسئلة) فأما بيع الغائب البعيد الغيبة بصفة البائع أو غيره فانه جائز فان كانت الصفة على ما وصفت لزم المبتاع والا كان له الخيار ومنع الشافعي بيع ما لم ير وسنذكره بعد هذا ان شاء الله (فرع) اذا ثبت جواز بيع الأعيان الغائبة فقد اختلف قول مالك في ضمانها قبل القبض فقال أولا هي من المبتاع الا أن يشترط ذلك على البائع وبه قال مطرف وابن وهب ثم رجع فقال هي من البائع الا أن يشترط ذلك على المبتاع وبه قال ابن القاسم وابن الماجشون وجه القول الأول انه لم يبق فيه حق توفية فكان من المبتاع كالحاضر ووجه القول الثاني انه ممنوع من النقد فيه مخافة تغيره فكان من البائع كالجارية المبيعة بالمواضعة (مسئلة) وأما ما يجوز فيه النقد من الرباع وغيرها فقد روى ابن المواز عن مالك انها من البائع قال وله قول آخر انها من المبتاع وعليه أصحابنا أجمع هذا كله فيما ليس فيه من توفية بعدد أو كيل أو وزن أو ذرع في أرض أو غيرها وما كان فيه حق توفية من ذلك فهو من ضمان البائع حتى يوفيه كالحاضر (فرع) واذا قلنا انه يجوز النقد في الرباع الغائبة اذا بيعت بوصف فانما يجوز ذلك فيما بيعت بوصف غير البائع فأما اذا بيعت بوصف البائع ففي العتبية لا يجوز ذلك ووجهه انه قد يزيد في الصفة لينتفع بالثمن الى وقت رؤية المشتري لها ولما كان هذا الشراء معتادا وكثر فيه الغرر منع من البيع بشرط النقد (فصل) وقوله ولا بأس بذلك اذا كان مضمونا موصوفا يريد في السلم وهو أن يكون البيع في ذمة البائع بصفة معلومة الى أجل معلوم فان ذلك الغائب الذي يجوز فيه النقد حيوانا كان أو غيره

﴿ بيع الحيوان باللحم ﴾

ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم * مالك عن داود بن الحصين أنه سمع سعيد بن المسيب يقول من ميسر أهل الجاهلية بيع الحيوان باللحم بالشاة والشاتين * مالك عن أبي الزناد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول نهى عن بيع الحيوان باللحم قال أبو الزناد فقلت لسعيد بن المسيب أرأيت رجلا اشترى

﴿بيع الحيوان باللحم﴾ * حدثني يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم عن سعيد ابن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم * وحدثني عن مالك عن داود بن الحصين أنه سمع سعيد بن المسيب يقول من ميسر أهل الجاهلية بيع الحيوان باللحم بالشاة والشاتين * وحدثني عن مالك عن أبي الزناد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول نهى عن بيع الحيوان باللحم قال أبو الزناد فقلت لسعيد بن المسيب أرأيت رجلا اشترى

شارفا بعشر شياه فقال سعيدان كان اشتراها لينحرها فلا خير فى ذلك قال أبو الزناد وكل من أدركت من الناس ينهون عن بيع الحيوان باللحم قال أبو الزناد وكان ذلك يكتب فى عهود العمال فى زمان أبان بن عثمان وهشام بن اسماعيل ينهون عن ذلك ﴾ ش نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحيوان باللحم يقتضى تحريمه وابطال ماوقع منه وبه قال مالك والشافعى وجمهور الفقهاء وقد قال أبو الزناد ان كل من أدركت كان ينهى عن ذلك وأجاز أبو حنيفة بيع الحيوان باللحم والدليل على صحة مانقوله حديث ابن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم وهذا الحديث وان كان مرسلا فقد وافقنا أبو حنيفة على القول بالمرسل ودليلنا من جهة القياس ان هذا جنس يجرى فيه الربا والربا بيع الشئ باصله الذى فيه منه فلم يجز ذلك كالزيت بالزيتون والشيرج بالسمسم (مسئلة) اذا قلنا انه لايجوز بيع اللحم بالحيوان فاما ذلك فى اللحم النىء وأما المطبوخ فروى ابن المواز ان أشهب كرهه وأجازه ابن القاسم وهو أحب الينا (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالحيوان على ثلاثة أجناس ذوات الأربع التى هى مباحة الأكل كلها جنس والطير كله جنس والحيتان كلها جنس وأما الجراد فروى عن مالك انها جنس رابع روى ذلك الشيخ أبو القاسم وروى عنه فى المدونة أنه قال ليست بلحم وانما يمنع بيع اللحم بالحيوان من جنسه فلا يجوز بيع لحم ضأن ولا معز بشئ من الحيوان ذوات الأربع وحشيها وانسيها ويجوز بيع لحم ذوات الأربع بحى الطير وحى الطير بلحم الحيتان قال ابن القاسم ولم أر عند مالك تفسير حديث النبى صلى الله عليه وسلم فى اللحم بالحيوان الا من صنف واحد لموضع المزابنة وذهب الشافعى الى انه لايجوز بيع لحم الحيوان من جنسه ولا من غير جنسه من الطير وذوات الأربع والدليل على صحة مانقوله ان مايجرى فيه الربا يعتبر فيه الجنس كالحبوب والأثمار (فرع) وهذا فيما كان أكله مباحا وأما ماحرم أكله فلا يمنع من ذلك لانه ليس مما يحل أكله فيقال ان فيه من جنس هذا اللحم وأما المكروه مما جرت العادة بأكله منع من بيعه بلحم جنسه كالهر والثعلب والضبع فهذا لايجوز بيعها بلحم ذوات الاربع لانه مما جرت العادة للعرب باكله مع انه لامنفعة فيها غير اللحم وأما الخيل والبغال والحمير فقد قال مالك لاباس بها باللحم نقدا أو الى أجل لان ذلك لم تجر العادة بأكله ولان منافعها المقصودة منها غير الاكل (مسئلة) واذا كان الحيوان مما لايقتنى فحكمه حكم اللحم فى بيعه بالحيوان مثل طير الماء الذى لايدخر ولا يتخذ فانه لايجوز بيعه بدجاج ولا أوز هذا مذهب ابن القاسم وأجاز ذلك أشهب وجه قول ابن القاسم انه حيوان لايصلح اقتناؤه واتخاذه داجنا فلم يجز بيعه بالحيوان كالكسير الذى لايحيا ووجه قول أشهب انه حيوان على الصفة التى يحيا ويتناسل عليها غالبا فجاز بيعه بحيوان من جنسه كالداجن (فرع) فاذا قلنا ان حكمه حكم اللحم فالحال التى يثبت له ذلك فقال محمد لاخير فى بيع الشارف والكسير بالحى وقال مالك وليس كل شارف سواء وانما ذلك فى الذى قد شارف الموت وقال فى المدونة ومالا منفعة فيه الا اللحم وأما الشارف الذى يقبل ويدبر ويرجع فلا (فرع) وهل يكون مايرجى فيه صوف حكمه حكم اللحم قال أشهب ليس التيس الخصى كاللحم بخلاف الشارف والكسير وقال ابن نافع وأصبغ فى الموازية ان الكبش الخصى والتيس الخصى ليس حكمهما حكم اللحم يريد ان التيس الخصى والكبش الخصى يتخذان للسمن والزيادة فى اللحم وحكمهما حكم الحى مع جنسه وقد قال ابن القاسم لاخير فى لحم بشاة الى أجل اذا لم يكن فيها منفعة للبن ولا صوف وان استحييت للسمن قال أصبغ اذا كان مثلها يقتنى بالرعى للسمن فلا باس

شارفا بعشر شياه فقال سعيدان كان اشتراها لينحرها فلا خير فى ذلك قال أبو الزناد وكل من أدركت من الناس • ينهون عن بيع الحيوان باللحم قال أبو الزناد وكان ذلك يكتب فى عهود العمال فى زمان أبان بن عثمان وهشام بن اسماعيل ينهون عن ذلك

بذلك فيها وقد روى عن ابن القاسم لايجوز ذلك فى الكبش الخصى لانه لايقتنى للعجلة المقصودة وهى فى الذكور الفحلة وفى الاناث الدر والنسل جائز ووجه الرواية الثانية ان ماذكروه من الصوف والسمن منافع فى الحيوان لا يوجد فيه الابعد حال حياته فاذا كانت فيه كان حكمه حكم الحى مع الحى وقال أشهب وأصبغ كانت فيه منافع أولم تكن فراعيا جواز حياته وامكان بقائه والله أعلم (مسئلة) واذا ثبت ذلك وقلنا ان حكم هذا الحيوان الذى لايستحيا حكم اللحم فانه لايجوز بيعه بالحيوان من جنسه وهل يجوز بيعه باللحم أم لا فاختلف فيه قول مالك فمنع منه مرة وهو قوله فى المدونة وخففه أخرى فى كتاب محمد وغيره فوجه كراهيته تناول النهى عن بيع اللحم بالحيوان له لانه حى تعذر بقاؤه لان حكمه حكم اللحم فيتعذر التماثل بينه وبين اللحم الآخر ووجه تخفيفه انه لحم برى فجاز بلحم آخر من جنسه يدا بيد (فرع) واذا قلنا ان ذلك يجوز متماثلا فان التماثل يكون فيه بالتحرى لانه لايوصل فيه الى معرفة التماثل الا بالتحرى وانما ينبنى ذلك على ثلاثة أصول أحدها جواز بيع هذا النوع من الحيوان باللحم والثانى جواز التحرى فى العوضين من جنس واحد مما يحرم فيه التفاضل والثالث صحة التحرى فى الحى وفى كل واحد من هذه الاصول الثلاثة الخلاف فى المذهب والله أعلم

﴿ بيع اللحم باللحم ﴾

اللحم الذى يعتبر فيه التساوى أو التفاضل هو اللحم على هيئته التى يستعمل عليها فى بيع وطبخ وغير ذلك مما يشتمل عليه من عظم وغيره مالم يكن العظم مضافا اليه وذلك كنوى التمر حكمه حكم التمر مالم يكن مضافا اليه والله أعلم (مسئلة) وأما الكرش والكبد والقلب والرئة والطحال والكليتان والحلقوم والشحم والخصيتان والرؤس والأكارع فلا يصلح شئ من ذلك باللحم الا مثلا بمثل قاله ابن القاسم فى المدونة قال وما علمت مالكا كره أكل الطحال ولا بأس به واذا ثبت ذلك من قوله فيجب أن يكون حكمه حكم اللحم أيضا والله أعلم ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فى لحم الابل والبقر والغنم وما أشبه ذلك من الوحوش انه لايشترى بعضه ببعض الا مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد ولا بأس به وان لم يوزن اذا تحرى أن يكون مثلا بمثل يدا بيد ﴾ ش وهذا كما قال انه الأمر المجتمع عليه عند أهل المدينة ان لحم ذوات الأربع جنس يحرم فيه التفاضل ولحم الطير جنس آخر يحرم فيه التفاضل ويجوز التفاضل بينه وبين لحم ذوات الأربع ولحم الحيتان جنس ثالث يحرم فيه التفاضل ويجوز التفاضل بينه وبين الجنسين الاولين والأمر فى الجراد على ما تقدم من اختلاف قولى مالك أحدهما انه جنس رابع والثانى ليس بلحم وقد روى فى المختصر عن أشهب لا بأس بالجراد متفاضلا فاخرجه بذلك عن أن يكون مقتاتا أو مدخرا واذا جاز التفاضل فيه فان يجوز بينه وبين غيره أولى واختلف قول الشافعى فمرة قال كل جنس من الحيوان بلحمه جنس مخصوص يجوز التفاضل فيه بينه وبين لحم غيره من الحيوان وهو قول أبى حنيفة غير أن أبا حنيفة يجعل البخت والغراب جنسا واحدا والبقر والجواميس جنسا واحدا والضأن والماعز جنسا واحدا وقال الشافعى أيضا ان اللحوم كلها جنس واحد لحوم ذوات الأربع ولحوم الطير ولحوم الحيتان والدليل على مانقوله ما قدمناه من مراعاة المنافع والاغراض واذا كان وجه استعماله مخالفا لوجه استعمال لحم الوحش وجب أن يكونا جنسين كلحم الحيتان ووجه آخر وهو انا قد فرقنا بين أصول الأقوات وجعلناها أجناسا

﴿ بيع اللحم باللحم ﴾

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فى لحم الابل والبقر والغنم وما أشبه ذلك من الوحوش انه لايشترى بعضه ببعض الا مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد ولا بأس به وان لم يوزن اذا تحرى أن يكون مثلا بمثل يدا بيد

مختلفة لما اختلفت وجوه استعمالها فكذلك فى مسئلتنا مثله وقد تقدم الكلام فى نحو هذا فيجب أن تكون الابل والبقر والغنم جنسا واحدا لتقارب وجوه استعمالها ولتشاكل صورها فان لذلك تأثيرا فى الجنس على ما قدمناه فى أجناس الحبوب ويجب أن يكون لحم الطير مخالفا لذلك لمخالفتها فى وجه الاستعمال ومنافاتها لها فى الصورة ولذلك فرقنا بينها وبين الحيتان والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فما حكمناله من ذلك بالجنس الواحد حرم فيه التفاضل وما حكمناله بالجنسين جاز بينهما التفاضل واعتبار التماثل فى اللحم وكل موزون من الخبز الوزن وهل يجوز ذلك بالتحرى روى ابن القاسم عن مالك فى العتبية وغيرها ان الخبز واللحم والبيض يجوز بيع بعضه ببعض تحريا دون كيل ولا وزن ولم يجز أبو حنيفة والشافعى التحرى فى ذلك والدليل على صحة مانقوله ان هذا مما تدعو الحاجة الى قسمته ومبادلته فى السفر دون الحضر وحيث لا توجد الموازين فجاز ذلك لضرورة عدمها مع الوصول بذلك الى التماثل قال القاضى أبو محمد من أصحابنا من أجازه على الاطلاق ومنهم من أجازه بشرط تعذر الموازين كالبوادى والاسفار وقال أبو حنيفة والشافعى لا يجوز بوجه والدليل على مانقوله ان التحرى فى جهة لمعرفة الموزون كالوزن لمعرفة التماثل فأشبه الوزن (فرع) وهذا فى الموزون دون المكيل والمعدود وفى الواضحة عن مالك لا يجوز فيه التفاضل من الطعام غير الادام لا يجوز قسمته تحريا وكذلك السمن والعسل والزيت وانما تقسم وزنا أو كيلا مثلا بمثل ووجه ذلك أن ما لا يجوز التماثل فيه بالوزن فانه يجوز أن ينوب عنه فيه التحرى لتعذر الموازين فى كثير من الأوقات وما يجوز فيه الكيل والعدد فانه يجوز فيه التحرى لامكان ذلك فى المعدود على كل حال وفى المكيل وان كان بغير الكيل المعهود (فرع) قال ابن القاسم وانما يجوز ذلك اذا أمكن التحرى فيه لقلته ولقربه من غيره فاما اذا تعذر التحرى فيه لكثرته فلا يجوز ذلك وقد روى ابن حبيب عن مالك ان ذلك انما يجوز فى قليل الخبز واللحم والبيض لان التحرى يحيط به ولا خير فى كثيره الا بالوزن (فرع) وهل يجوز ذلك فى شاة مذبوحة كشاة مذبوحة قال ابن القاسم فى المدونة لا يتأتى ذلك فيها الا بالتحرى فان كانتا بجلديهما فلا بأس بذلك ان كان يستطاع ذلك فيهما غير مسلوختين قال سحنون لا يستطاع ذلك وقاله أصبغ ولم يعجب محمد بن المواز قول أصبغ وقد روى يحيى بن يحيى المنع من ذلك لانه لحم وجلد بلحم وجلد وهذا ليس بصحيح لان الجلد لحم يؤكل مسموطا كسرا معتادا ومنع ذلك قوم من أصحابنا لانه لحم مغيب وهذا ليس بصحيح أيضا اذا قلنا ان الجلد لحم ولو لم نقله لكان قد رئى بعضه فى مذبحه فاذا جوزنا ذلك فكان يخرج منه ان هذا المقدار مما يجوز فيه التحرى (فرع) وهل يجوز ذلك فى الحى فى الواضحة لا يباع ما لا يقتنى من الوحش والطير بجزء من صنفه الا تحريا مثلا بمثل رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية فى الجلد يجوز التحرى فى الحى وفى الموازية كره ابن القاسم ما لا يحيا من الطير باللحم تحريا قال أصبغ لانه حى بعد فيحتمل أن يريد به انه يدخله اللحم بالحيوان وهو الأظهر ويحتمل أن يريد به تعذر التحرى فى اللحم الحى ويحتمل ان يريد به تعذر التحرى فيهما لاختلافهما بالحياة والموت وقد تقدم من قول مالك انه جوز بيع الشارف المكسور باللحم ولم يراع شئ من ذلك (فرع) واختلف قول مالك فى منع المجفوف والنىء بالتحرى ففى المدونة انه لا يجوز اللحم النىء بالقديد وان تحرى فيه التماثل لانه لا يبلغ التماثل فيه وقد ذكر انه أجازه ثم رجع وكذلك النىء بالمكمور وكذلك اللحم المشوى بالنىء فوجه الاباحة انه لحم فجاز فيه التحرى مع اختلاف حاله أصل ذلك الحى والمذبوح ووجه المنع ان اختلاف

* قال مالك ولا بأس بلحم الحيتان بلحم الابل والبقر والغنم وما أشبه ذلك من الوحوش كلها اثنين بواحد وأكثر من ذلك يدا بيد فان دخل ذلك الأجل فلا خير فيه * قال مالك وأرى لحوم الطير كلها مخالفة للحوم الأنعام والحيتان فلا أرى باسا بأن يشترى بعض ذلك ببعض متفاضلا يدا بيد ولا يباع شئ من ذلك الى أجل

﴿ماجاء في ثمن الكلب﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي سعود الانصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغى وحلوان الكاهن يعنى بمهر البغى ماتعطاه المرأة على الزنا وحلوان الكاهن رشوته ومايعطى على أن يتكاهن * قال مالك أكره ثمن الكلب الضارى وغير الضارى لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب

مايجب فيه التماثل بالجفوف بالرطوبة يمنع التحرى فيه كالعنب بالزبيب والرطب بالتمر ص ﴿ قال مالك ولا بأس بلحم الحيتان بلحم البقر والابل والغنم وما أشبه ذلك من الوحوش كلها اثنين بواحد وأكثر من ذلك يدا بيد فان دخل ذلك الأجل فلا خير فيه * قال مالك وأرى لحوم الطير كلها مخالفة للحوم الأنعام والحيتان فلا أرى بأسا أن يشترى بعض ذلك ببعض متفاضلا يدا بيد ولا يباع شئ من ذلك الى أجل ﴾ ش وهذا على ماقال ان لحم الحيتان وان كان من غير جنس ذوات الأربع لما قلناه ويجوز بينهما التفاضل فانه لايجوز بينهما الأجل خلافا لأبي حنيفة والدليل على مانقوله ان كل شيئين جمعتهما علة واحدة في الربا فانه لايجوز بيع أحدهما بالآخر نسا كالذهب والورق (مسئلة) وهكذا حكم اللحم بالحيوان الذى حكمه حكم اللحم كالشارف والكسير لايجوز بيع أحدهما بالآخر من جنسه ولا بشئ من الطعام الى أجل رواه عيسى عن ابن القاسم ووجه ذلك انه اذا لم يكن فيه منفعة غير اللحم فان حكمه حكم اللحم وهو طعام فلا يجوز بطعام من جنسه ولا من غير جنسه الا يدا بيد وكان يجب على هذا أن لايجوز الحيوان بعضه ببعض اذا لم تكن فيه منفعة لغير اللحم الا يدا بيد من جنس واحد كانا أو من جنسين لكنه أثرت الحياة فيها لما تساوى الغرضان فيها ما أثر التساوى في بيع الزيتون بالزيتون حبا وان لم يعلم أن مافيهما من الزيت متماثل ولا يجب بيع الزيتون بالزيت لانه يعلم أن مافى الزيتون من الزيت مساو للزيت المنفرد ولما أثر في ذلك التماثل جاز أن يؤثر في التقابض في المجلس

﴿ ماجاء في ثمن الكلب ﴾

ص ﴿مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي مسعود الأنصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغى وحلوان الكاهن يعنى بمهر البغى ماتعطاه المرأة على الزنا وحلوان الكاهن رشوته ومايعطى على أن يتكاهن قال مالك أكره ثمن الكلب الضارى وغير الضارى لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب ﴾ ش نهيه صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب يحتمل أن يريد به ثمن الكلب المنهى عن اتخاذه فيتناول نهيه البائع عن أخذ ثمنه والانتفاع به وهذا يمنع نفعه وأما الكلب المباح اتخاذه وهو كلب الماشية والحرث والصيد فاختلف فيه قول مالك فيتأول بعض أصحابه انه يجوز بيعه وقال سحنون يجوز أن يحج بثمنه وقاله ابن كنانة وبه قال أبو حنيفة وروى عنه ابن القاسم انه كره بيعه وهى رواية الموطأ وجه القول الاول ماروى أبو صالح وابن سيرين عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اقتنى كلبا فانه ينقص من عمله كل يوم قيراط الا كلب غنم أو حرث أو صيد فأباح اتخاذ ما استثنى منها واذا أباح اتخاذه جاز بيعه كسائر الحيوان وجه الرواية الثانية الحديث المتقدم انه صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب وهذا عام فيحمل على عمومه (فرع) فاذا قلنا بالمنع من بيع الكلب الضارى فقد قال القاضي أبو محمد ان أصحابنا اختلفوا في ذلك فنهم من قال هذا مكروه ويصح ومنهم من قال لايجوز وبه قال الشافعي فمن قتله على الوجهين فعليه لصاحبه قيمته عند مالك وقال الشافعي لاقيمة عليه والدليل على مانقوله ان هذا حيوان أبيح الانتفاع به فاذا لم يجز بيعه كان على مستهلكه قيمته كأم الولد

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وعن مهر البغى يريد ماتعطاه الزانية من استباحتها وحلوان الكاهن وهو مايعطاه الكاهن لتكهنه لانه أكل المال بالباطل ولان التكهن محرم وماحرم

في نفسه حرم عوضه كالخمر والخنزير

﴿ السلف وبيع العروض بعضها ببعض ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف * قال مالك وتفسير ذلك أن يقول الرجل للرجل آخذ سلعتك بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا فان عقدا بيعهما على هذا الوجه فهو غير جائز فان ترك الذى اشترط السلف ما اشترط منه كان ذلك البيع جائزا ﴾ ش ما روى انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف لا نعلم له اسنادا صحيحا وأشبهها ما روى أيوب عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل بيع وسلف وأجمع الفقهاء على المنع من ذلك وتلقي الأمة له بالقبول والعمل به يدل على صحة معناه وذلك يقوم له مقام الاسناد ووجه ذلك من جهة المعنى ان القرض أنه ليس من عقود المعاوضة وانما هو من عقود البر والمكارمة فلا يصح أن يكون له عوض فان قارن فقد فرض عقد معاوضة وكان له حصة من العوض فيخرج من مقتضاه فبطل وبطل ما قارنه من عقود المعاوضة ووجه آخر وهو انه ان كان غير موقت فهو غير لازم للقرض وما نفاذه غير لازم للقرض وان كان غير موقت فهو غير لازم للقرض والبيع وما أشبهه من العقود اللازمة كالاجارة والنكاح لا يجوز أن يقارنها عقد غير لازم لتنافي حكمهما

(فصل) قال مالك وتفسير ذلك أن يقول الرجل للرجل بعني ثوبا بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا فان عقدا بيعهما على هذا فهو غير جائز فان أدركت السلعة قبل أن يقبضها المبتاع أو بعدما قبضها وقبل أن تفوت عنده وقد غاب البائع على الثمن فان البيع ينقض وترد السلعة قاله ابن حبيب وسحنون ويجب أن يرد البيع والسلف جميعا وذلك أن مغيب البائع على الثمن يتم به فساد العقد لانه قد وجد بذلك السلف الذى أفسد العقد وما لم يقبضه لم يوجد المعنى المفسد للعقد (مسئلة) فان فاتت السلعة عند المشترى ولم يقبض السلف وكان مشترط السلف هو المبتاع فعليه الأقل من القيمة أو الثمن وان كان مشترطه البائع فله الأكثر من القيمة أو الثمن قاله ابن حبيب وسحنون ووجه ذلك أن مشترط السلف حجته أن يقول لولا ما اشترطته من السلف ما رضيت بذلك الثمن وقال أصبغ في غير كتاب ابن حبيب ان اشترط البائع السلف فله القيمة ما لم يجاوز الثمن والسلف وان اشترط المبتاع السلف فعليه الأقل ما بلغ (مسئلة) ولو كانت السلعة عند البائع أو بيد المبتاع قائمة ولم يغب المقترض على القرض فالمشهور من مذهب مالك أن مشترط القرض ان تركه صح البيع وحكى الشيخ أبو بكر أن بعض المدنيين روى عن مالك انه لا يصح البيع وان ترك القرض قال وهو القياس وبه قال أبو حنيفة والشافعي قال الشيخ أبو بكر ووجهه ان البيع قد فسد عقده باشتراط السلف كالبيع في الخمر والخنزير وقد فرق بينهما القاضي أبو اسحاق بان من باع من رجل ثوبا بدرهم وخمرا وخنزيرا فقال أنا أدع الخمر ان البيع مفسوخ عند مالك قال لان مشترط السلف مخير في أخذه وتركه ومشترط الخمر غير مخير يوازن مسئلة السلف أن يقول أبيعك الثوب بمائة دينار على ان شئت أن تزيدني زق خمر زدتني وان شئت تركته ثم ترك زق خمر جاز البيع ولو أخذه فسد البيع والذى قال القاضي أبو اسحاق كلام صحيح وذلك ان القرض مبني على انه متعلق باختيار المقترض والمبيع ليس معلقا على اختياره بل يلزم مشتريه قبضه ويجبر على ذلك وقد أنكر هذا القول عليه بعض من رأى قوله ولم يفهمه ص ﴿ قال مالك ولا بأس أن يشترى الثوب من الكتان

﴿ السلف وبيع العروض بعضها ببعض ﴾
* حدثني يحيي عن مالك انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف * قال مالك وتفسير ذلك أن يقول الرجل للرجل آخذ سلعتك بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا فان عقدا بيعهما على هذا الوجه فهو غير جائز فان ترك الذى اشترط السلف ما اشترط منه كان ذلك البيع جائزا * قال مالك ولا بأس أن يشترى الثوب من الكتان

أوالشطوى أوالقصبي بالأثواب من الاتريبي أوالقسى أوالزيقة أوالثوب الهروى أوالمروى بالملاحف اليمانية والشقائق وما أشبه ذلك الواحد بالاثنين أو الثلاثة يدا بيد أوالى أجل وان كان من صنف واحد فان دخل ذلك نسيئة فلا خير فيه * قال مالك ولا يصلح حتى يختلف فيبين اختلافه فاذا أشبه بعض ذلك بعضا وان اختلفت أسماؤه فلا يأخذ منه اثنين بواحد الى أجل وذلك أن يأخذ الثوبين من الهروى بالثوب من المروى أوالقوهى الى أجل أو يأخذ الثوبين من الفرقبى بالثوب من الشطوى فاذا كانت هذه الأجناس على هذه الصفة فلا يشترى منها اثنان بواحد الى أجل قال مالك ولا بأس أن تبيع ما اشتريت منها قبل أن تستوفيه من غير صاحبه الذى اشتريته منه اذا انتقدت ثمنه ﴾ ش قوله لا بأس بالثوب من الكتان من الشطوى أوالقصبي بالاثواب من الاتريبي أوالقسى أوالزيقة يريد أن رقيق الكتان وهى الشطوية وما أشبهها من القصبي والفرقبي والقسى لا بأس به بغليظ ثياب الكتان وهى الاتريبي وما أشبهه من القسى والزيقة والمريسية الى أجل وأصل ذلك ان ما اختلف فى جنسه من الثياب يجوز بيعه بما خالفه فى جنسه الى أجل لا يجوز ذلك فيما كان من جنسه وانما يختلف جنسها بالرقة والغلظ لانها المنفعة المقصودة منها وكذلك القطن رقيقه وهو المروى والهروى والقوهى والعدنى جنس مخالف لغليظه وهى الشقائق والملاحف اليمانية الغلاظ ذكر ذلك كله ابن القاسم فى المدونة وغيرها وفى الواضحة أن ثياب القطن صنف وان اختلفت جودتها وأثمانها و بلدانها وكانت هذه عمائم وهذه أردية وشقق لتقارب منافعها قال الاما كان من وشى القطن والصنعانى والسعيدى والعصب والحبر والمشطب والمسير وشبهه ولا بأس به فبياض ثياب القطن متفاضلا الى أجل وما اختلف أيضا فى الرداءة والجودة والغلظ والرقة فتباين وتباعد فى نفعه و جماله فانهما صنفان يجوز فيهما التفاضل الى أجل فجعل اختلاف الجنس بمعنيين بالصبغ على الوجه الذى ذكروه بالرقة والغلظ ولم يذكر الاختلاف بالصبغ وانما ذكره بالرقة والغلظ لان ثياب الكتان لم تكن هنالك تستعمل على هذا الوجه وأما ثياب الحرير فصنف وان اختلفت أثمانها وجودتها وصنعتها من أردية وأخمرة وغيرها وكذلك ثياب الخز وثياب الشقيق الاثياب وشى الحرير فلا بأس بها بثياب بياض الحرير واحد باثنين الى أجل فجعل الصنف فى الحرير يختلف بالصبغ والبياض ولم يذكر اختلافه بالرقة والغلظ وثياب الحرير صنف الا أن يختلف فى الغلظ والرقة وثياب الصوف والمرعزاء كلها صنف وان اختلفت البلدان والثمن فلا يجوز كساء مرعز بكساءين من الصوف الى أجل ولا بالجباب ولا مساماري بمصريين حتى تختلف أنواع صنفها مثل الطيقان الطرازية بالجبب المرعزية ومثل القطن بالبسط فيجوز متفاضلا الى أجل وكذلك ثياب تتباين فى الرقة فيجوز ذلك فيها (مسئلة) فاما صنف فى خلافه مثل ثوب قطن فى ثياب كتان أوصوف أو وشى أوحرير أوخز واحد باثنين الى أجل فلا بأس به وان تساوت فى الجمال والرقة لاختلاف أصوله قال ذلك كله ابن حبيب فى واضحته وقد غلط فى ذلك بعض من فسر الموطأ فتأول عليه انه جعل الكتان والقطن صنفا واحدا وليس فى اللفظ ما يقتضى ذلك والله أعلم وقد قال فضل فى مختصر المدونة ابن القاسم يجعل ثياب القطن صنفا وثياب الكتان صنفا آخر وأشهب يجعلها صنفا واحدا

(فصل) وقوله ولا يصلح حتى يختلف فيبين اختلافه يريد مما تقدم من الجنس بالرقة والغلظ وفى بعضها بالصبغ على الوجه المذكور وأما اذا أشبه بعض ذلك بعضا وان اختلفت أسماؤه فلا يجوز فيه التفاضل مع الأجل يريد مثل قولنا العدنى والمروى والهروى فانه قد اختلفت أسماء ذلك ولا يجوز فيها

أو الشطوى أو القصبي بالأثواب من الاتريبي أو القسى أوالزيقة أوالثوب الهروى أو المروى بالملاحف اليمانية والشقائق وما أشبه ذلك الواحد بالاثنين أو الثلاثة يدا بيد أوالى أجل وان كان من صنف واحد فان دخل ذلك نسيئة فلا خير فيه * قال مالك ولا يصلح حتى يختلف فيبين اختلافه فاذا أشبه بعض ذلك بعضا وان اختلفت أسماؤه فلا يأخذ منه اثنين بواحد الى أجل وذلك أن يأخذ الثوبين من الهروى بالثوب من المروى أو القوهى الى أجل أو يأخذ الثوبين من الفرقبى بالثوب من الشطوى فاذا كانت هذه الاجناس على هذه الصفة فلا يشترى منها اثنان بواحد الى أجل * قال مالك ولا بأس أن تبيع ما اشتريت منها قبل أن تستوفيه من غير صاحبه الذى اشتريته منه اذا انتقدت ثمنه

التفاضل مع الأجل لتقارب المنفعة التى فى معنى الجنس ومذهب أبى حنيفة يقرب من مذهب مالك فى ذلك وهو قول النخعى وجوز الشافعى التفاضل مع التساوى فى الصنف الواحد وهو قول سعيد ابن المسيب قال أبو الزناد خالف الناس كلهم سعيد بن المسيب فى قوله لا بأس بقبطية بقبطيتين من صنف واحد الى أجل وقد تقدم بيان ذلك فيما تقدم من ذكر الحيوان وقال عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى الشطوى ما عمل بشطا وهو من الكتان والاتريبي ما عمل بقرية من قرى مصر يقال لها اتريب والقسى بالقس كورة من كور مصر والزيقة ما عمل بصعيد مصر وهى ثياب غليظة واليمانية ما كان من هذه البرود والصنعانى كله والشقائق من الأبراد الصفاق الضيقة

﴿ السلفة فى العروض ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد انه قال سمعت عبد الله بن عباس ورجل يسأله عن رجل سلف فى سبائب فأراد بيعها قبل أن يقبضها فقال ابن عباس تلك الورق بالورق وكره ذلك * قال مالك وذلك فيما نرى والله أعلم انه أراد أن يبيعها من صاحبها الذى اشتراها منه بأكثر من الثمن الذى ابتاعها به ولو انه باعها من غير الذى اشتراها منه لم يكن بذلك بأس * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن سلف فى رقيق أو ماشية أو عروض فاذا كان كل شئ من ذلك موصوفا فسلف فيه الى أجل فحل الأجل فان المشترى لا يبيع شيأ من ذلك من الذى اشتراه منه بأكثر من الثمن الذى سلفه فيه قبل أن يقبض ما سلفه فيه وذلك انه اذا فعله فهو الربا صار المشترى ان أعطى الذى باعه دنانير أو دراهم فانتفع بها فلما حلت عليه السلعة ولم يقبضها المشترى باعها من صاحبها بأكثر مما سلفه فيها فصار أن رد اليه ما سلفه وزاده من عنده ﴾ ش قوله عن رجل سلف فى سبائب قال مالك السبائب غلائل ثمانية فقال ابن عباس فيمن باعها قبل أن يقبضها ذلك الورق بالورق وكره ذلك وقال مالك ان معنى ذلك انه أراد أن يبيعها من بائعها منه بأكثر من الثمن الذى دفع اليه فيها فيدخله الورق بالورق متفاضلا ويحتمل قول مالك هذا أن يريد بيان مذهب ابن عباس ويحتمل أن يريد به ما يحتمله اللفظ المروى فى ذلك مما هو الصواب عنده وقد قال عيسى سألت ابن القاسم عن ربح ما لم يضمن فقال ذكر مالك انه بيع الطعام قبل أن يستوفى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفى فربحه حرام قال وأما غير الطعام العروض والحيوان والثياب فان ربحه حلال لا بأس به لان بيعه قبل استيفائه حلال ومن كتاب محمد أن من ربح ما لم يضمن أن يبيع لرجل شيأ بغير أمره ثم يبتاعه منه وهو لا يعلم بيعك بأقل من الثمن وكذلك بيعك ما ابتعت بالخيار لا تبعه حتى تعلم البائع وتشهد انك رضيته فان لم تعلمه فربحه للبائع وان قلت بعت بعد ان اخترت صدقت مع يمينك وكذلك الربح (مسئلة) وأما ما خلا المطعوم فانه يجوز بيعه من بائعه ومن غيره قبل قبضه سواء كان فيه حق توفية من عدد أو كيل أو لم يكن فيه حق توفية كالثوب المعين وقال أبو حنيفة كل ما ينقل ويحول فانه لا يجوز بيعه قبل استيفائه وكل ما لا ينقل ولا يحول من الدور والأرضين وما أشبهها فانه يجوز بيعها قبل استيفائها وقال الشافعى لا يجوز بيع شئ من ذلك قبل استيفائه وتعلق شيوخنا فى ذلك بان المطعوم بالناس حاجة اليه فكان الاحتياط فيه واجبا * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والذى عندى انه كان المستعمل فى البيع قبل استيفائه المسبب به الى الدرهم بالدرهم حين ورد النهى فاختص الحكم بذلك والله أعلم والدليل على ذلك قوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا وهذا

* حدثنى يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد انه قال سمعت عبد الله بن عباس ورجل يسأله عن رجل سلف فى سبائب فأراد بيعها قبل أن يقبضها فقال ابن عباس تلك الورق بالورق وكره ذلك * قال مالك وذلك فيما نرى والله أعلم انه أراد أن يبيعها من صاحبها الذى اشتراها منه بأكثر من الثمن الذى ابتاعها به ولو انه باعها من غير الذى اشتراها منه لم يكن بذلك بأس * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن سلف فى رقيق أو ماشية أو عروض فاذا كان كل شئ من ذلك موصوفا فسلف فيه الى أجل فحل الأجل فان المشترى لا يبيع شيأ من ذلك من الذى اشتراه منه بأكثر من الثمن الذى سلفه فيه قبل أن يقبض ما سلفه فيه وذلك انه اذا فعله فهو الربا صار المشترى ان أعطى الذى باعه دنانير أو دراهم فانتفع بها فلما حلت عليه السلعة ولم يقبضها المشترى باعها من صاحبها بأكثر مما سلفه فيها فصار أن رد اليه ما سلفه وزاده من عنده

أجل يسمى ثم حل الأجل فانه لا بأس أن يبيع المشترى تلك السلعة من البائع قبل أن يحل الأجل أو بعد ما يحل بعرض من العروض يعجله ولا يؤخره بالغا مابلغ ذلك العرض الا الطعام فانه لا يحل أن يبيعه قبل أن يقبضه وللمشترى أن يبيع تلك السلعة من غير صاحبه الذى ابتاعها منه بذهب أو ورق أو عرض من العروض يقبض ذلك ولا يؤخره لأنه اذا أخر ذلك قبح ودخله ما يكره من الكالئ بالكالئ والكالئ بالكالئ أن يبيع الرجل دينا له على رجل بدين على رجل آخر * قال مالك ومن سلف فى سلعة الى أجل وتلك السلعة مما لا يؤكل ولا يشرب فان المشترى يبيعها ممن شاء بنقد أو عرض قبل أن يستوفيها من غير صاحبها الذى اشتراها منه ولا ينبغى له أن يبيعها من الذى ابتاعها منه الا بعرض يقبضه ولا يؤخره * قال مالك وان كانت السلعة لم تحل فلا بأس بان يبيعها من صاحبها بعرض مخالف لها بين خلافه يقبضه ولا يؤخره

عام فحمل على عمومه ودليلنا على أبى حنيفة ان هذا ليس بمطعوم فجاز بيعه قبل قبضه كمنافع الاعيان فى الاجارات ودليل آخر انه ازالة ملك فجاز قبل القبض كالعتق (مسئلة) وقول مالك وهو الأمر عندنا فيمن سلف فى رقيق أو عروض فان المشترى لا يبيع شيأ من ذلك من الذى عليه با كثر من الثمن الذى سلف فيه قبل أن يقبضه منه يريد ما دام فى ذمته وقبل استيفائه منه لانه يكون حينئذ قد دفع اليه دينارا وأخذ منه به دينارين وأما ان باعه منه بمثل الثمن الذى اشتراه به منه أو أقل من ذلك فانه لا بأس به لانه فى بيعه بمثله يعود الى معنى القرض فاذا باعه باقل من الثمن بعد عن التهمة لان مثل هذا لا يفعل لا يقصد أحد أن يسلف دينارين فى دينار واحد (مسئلة) ويجوز أن يبيعه منه بغير العين بكل ما يجوز أن يسلم فى المسلف فيه قال فى المدونة ان كانت ثيابا فرقبية فلا باس أن يبيعها قبل الاجل بثياب قطن مروية أو هروية أو حيوان فجعل القرقبية وهى من رقيق الكتان من غير جنس ثياب القطن الرقيقة لاختلافها فى جنس الأصل وسيتم بعد هذا الكلام فى هذه المسئلة ان شاء الله تعالى ص ﴿ قال مالك من سلف ذهبا أو ورقا فى حيوان أو عروض اذا كان موصوفا الى أجل يسمى ثم حل الأجل فانه لا بأس أن يبيع المشترى تلك السلعة من البائع قبل أن يحل الأجل أو بعد ما يحل بعرض من العروض يعجله ولا يؤخره بالغا ما بلغ ذلك العرض الا الطعام فانه لا يحل أن يبيعه قبل أن يقبضه وللمشترى أن يبيع تلك السلعة من غير صاحبه الذى ابتاعها منه بذهب أو ورق أو عرض من العروض يقبض ذلك ولا يؤخره لانه اذا أخر ذلك قبح ودخله ما يكره من الكالئ بالكالئ والكالئ بالكالئ أن يبيع الرجل دينا له على رجل بدين على رجل آخر * قال مالك ومن سلف فى سلعة الى أجل وتلك السلعة مما لا يؤكل ولا يشرب فان المشترى يبيعها ممن شاء بنقد أو عرض قبل أن يستوفيها من غير صاحبها الذى اشتراها منه ولا ينبغى له أن يبيعها من الذى ابتاعها منه الا بعرض يقبضه ولا يؤخره قال مالك وان كانت السلعة لم تحل فلا بأس بأن يبيعها من صاحبها بعرض مخالف لها بين خلافه يقبضه ولا يؤخره ﴾ ش قوله من سلف ذهبا أو ورقا فى حيوان فلا بأس أن يبيعه من البائع قبل الأجل وبعده بعرض يعجله ولا يؤخره على ما تقدم وذلك أنه على ثلاثة أحوال أحدها أن يبيعها منه قبل أن يفترقا من مجلس السلم والثانى بعد أن يفترقا وقبل حلول أجل السلم والثالث بعد حلول أجل السلم فأما قبل التفرق فقد قال أشهب فى المجموعة من أسلم فى غير الطعام عينا أو طعاما أو عرضا لا يعرف بعينه أو مما يعرف ثم باعه من البائع قبل التفرق جاز أن يبيعه منه بما شاء وان نقده دنانير وأخذ دراهم أو أخذ دنانير أكثر من دنانيره ولا يجوز ذلك بعد التفرق * وقال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ومعنى ذلك عندى أن يأخذ من جنس دنانيره أكثر فيعلم انه لم يقصد اعطاء دينار بدينار بن فيصح لبعد التهمة فى البيع الاول والثانى وهذا على مذهب أشهب وأما على قول ابن القاسم فلا يجوز أن يأخذ منه أكثر من ذهبه (مسئلة) فان كان بعد التفرق وقبل الاجل فانه لا يجوز الا بما يجوز أن يسلم فى الحيوان المسلم فيه ويجوز أن يسلم فيه رأس المال فيتحذر من الأمرين وأما بعد الأجل فانما يراعى معنى واحد وهو أن يكون رأس مال السلم لا يجوز أن يسلم فيما باعه به وان كان ما باعه به لا يجوز أن يسلم فيما باعه لان حكمه حكم التناجز لانه يأخذ ما باع به نقدا لا يجوز فيه التأخير وما فى ذمة المسلم اليه بمنزلة النقد فلا يفسد ذلك من هذا الوجه الا ما يفسد بيع النقد وانما يراعى ذلك فى رأس مال السلم وما قبضه ثمنا للمسلم فيه لما بينهما من التأخير والله أعلم (مسئلة) ومن شرط صحة هذا البيع القبض قبل التفرق أو ما هو فى حكم ذلك لانه يدخله قبل الاجل وبعده فسخ دين فى دين وذلك ممنوع

باتفاق (مسئلة) فان كان ماياخذ مما يمكن قبضه لوقته كالثوب فلايجوز أن يؤخره به الامثل ذهابه الى البيت واما أن يفارقه ويطلبه فلايجوز ذلك لانه يدخله فسخ دين فى دين ووجه ذلك انه كان له عليه حيوان مضمون فى ذمته فنقله الى ثوب مضمون فى ذمته (فرع) وان تفرقا قبل القبض فسخ البيع ان عملا على ذلك أو كانا من أهل العينة فان لم يكونا كذلك فليلح عليه حتى يأخذ منه حقه قاله أشهب فى كتاب محمد (مسئلة) اذا ثبت أن تعجيل القبض من شرط هذا العقد فان كان الثمن طعاما أوغيره فلايجوز أن يؤخره به الاقدر ماياتى فى مثله بحمال يحمله قاله ابن القاسم وأشهب وكذلك لو كان مما يكال فيه الأيام والشهر لم يكن بذلك بأس اذا شرع فيه لان هذه صفة القبض المعجل ولا يمكن أكثر من ذلك (مسئلة) واذا أخذ من دينه سكنى دار أو زراعة أرض مأمونة أو عملا يعمله له فقد منع ذلك ابن القاسم وجوزه أشهب وكلاهما روى قوله عن مالك وجه القول الأول ان ذمة الذى عليه الدين قد تعلقت به على الصفة التى هو عليها فاذا عارض منه سكنى دار لم تبرأ ذمته من الدين الا باستيفاء مدة السكنى فانتقلت ذمته عما كانت عليه الا أن يكون حالهما تقبا ان استوفيت مدة السكنى برئت وان منع من ذلك مانع رجع عليها بقية الدين فصارت مشغولة على غير الوجه الذى كانت عليه مشغولة وذلك من فسخ الدين بالدين لان معنى فسخ الدين فى الدين أن يشغل الذمة على غير ما كانت عليه مشغولة به ولذلك قالا لايجوز أن يأخذ بدينه ثمرة قد بدا اصلاحها و يتأخر جذاذها ووجه قول أشهب ما احتج به من أن قبضه لرقبة الدار يعنز له قبضه لمنافعها والله أعلم (مسئلة) ومن أسلم الى رجل فى ثوب ثم زاده على أن يزيده فى طوله فلابأس بذلك الى الأجل الأول لانه سلم بعد سلم وسواء كان المسلم اليه حائكا أوغيره قاله مالك فان زاده على أن يزيده فى الصفاقة والطول فى كتاب محمد لايجوز ذلك لانه قد نقله الى صفة أخرى فاشترى الصفة الثانية بالاولى والزيادة وان زاده على أن يزيده فى العرض

(فصل) وقوله وللمشترى أن يبيع تلك السلعة من غير البائع بما شاء من ذهب أو ورق أو عرض فى هذا فصلان أحدهما فى مراعاة ماسلم من رأس المال والثانى فى مراعاة ماباع من المسلم فيه فأما رأس المال فلا يراعى مع بائع أجنبى فيجوز أن يسلم دنانير و يبيع بورق أوغير ذلك لانه لا يراعى فى البيع من زيد ما ابتيع من عمرو كبيع النقد وأما المسلم فيه فانه يجب أن يكون ماباع به مما لايجوز أن يسلم فى المبيع المسلم فيه والادخله الفساد لان ما يأخذه من الثمن عوض لما يبيع من المسلم فيه و يدخل بيعهما التأخير فيفسد ذلك ما يفسد السلم

(فصل)وقوله يقبض ذلك ولايؤخره لانه اذا أخره قبح ودخله الكالئ بالكالئ معنى ذلك انه اذا أخر المسلم المبتاع منه بثمن ما باعه منه من المسلم فيه دخله الكالئ بالكالئ لأنه باع ماهو كالئ على المبتاع منه وتبقى الذمتان مشتغلتين بالعوضين وذلك فاسد كما لو تأجل العوضان على البائع والمشترى وهذه البياعات غير جائزة عند أبى حنيفة والشافعى لأنه لايجوز عندهما بيع ماينقل و يحول قبل قبضه

(فصل) وقوله والكالئ بالكالئ أن يبيع الرجل دينا على رجل بدين له على رجل آخر يريد ماذكرناه من ان يبيع دينا له على رجل من رجل آخر بعرض يؤخره عليه وانما نعنى بذلك أن هذا من جملة الكالئ بالكالئ لأن هذا هو جميع مايقع عليه الاسم بل بيع ثوب الى أجل بحيوان على بائعه الى أجل أدخل فى باب الكالئ بالكالئ والله أعلم (مسئلة) فاذا بعت دينك على

رجل بثمن على غيره لم يجز تأخيره أيضا الا اليوم واليومين فقط وفى كتاب محمد ومن وليته طعاما أوعرضا فى ذمة رجل فلا يجوز أن يؤخره بالثمن يوما ولا أقل منه وهو كالصرف قال محمد وأما فى الطعام أو فيما باعه من صاحبه فكما قال فأما غير الطعام يبيعه ممن هو عليه فيجوز أن يؤخره بالثمن اليوم واليومين * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه و وجه ذلك عندى أن الدين بالدين معفو عن يسيره ولذلك يتأخر رأس مال السلم هذا المقدار و يحتاط فى الطعام للمنع من بيعه قبل استيفائه وأما فسخ الدين فى الدين فلا يعفى منه عن شئ ولذلك افترقا والله أعلم ص ﴿ قال مالك فيمن سلف دنانير أو دراهم فى أربعة أثواب موصوفة الى أجل فلما حل الأجل تقاضى صاحبها فلم يجدها عنده و وجد عنده ثيابا دونها من صنفها فقال له الذى عليه الاثواب أعطيك بها ثمانية أثواب من ثيابى هذه أنه لا بأس بذلك اذا أخذ تلك الاثواب التى يعطيه قبل أن يفترقا * قال مالك فان دخل ذلك الاجل فانه لا يصلح وان كان ذلك قبل محل الاجل فانه لا يصلح أيضا الا أن يبيعه ثيابا ليست من صنف الثياب التى سلفه فيها ﴾ ش قوله من سلف فى أربعة أثواب موصوفة فلا بأس أن يأخذ منه عند الاجل ثمانية أثواب من جنسها أدون منها يقتضى أن رقيق الكتان جنس واحد وان اختلفت أثمانه حتى يكون للثوب منه ثمن الثوبين والا كثر لكنه من جملة الرقيق كما ان غليظه جنس مخالف لرقيقه وان اختلفت أثمانه وتفاوتت ولو اختلفت أجناسه باختلاف أثمانه لكان من الكتان أجناس كثيرة وكذلك حكم سائر أنواع الثياب من القطن والصوف والخز والحرير وغير ذلك والله أعلم (فرع) اذا ثبت ذلك فانه لا يجوز أن يأخذ منه قبل الاجل أدون من ثيابه ولا أفضل لما قدمناه من أنه لا يسلم الجنس من الثياب فى جنسه ولأنه يدخله فى أخذه الادون ضع وتعجل و يدخله فى أخذه الافضل حط عنى الضمان وأزيدك (فرع) وهذا فى البيع فأما القرض والمؤجل فلا يجوز أن يأخذ منه قبل الاجل أدنى لأنه ضع وتعجل واما أن يأخذ منه قبل الاجل أفضل فجوزه ابن القاسم ومنعه أشهب قال ابن القاسم لأن له تعجيل القرض قبل الاجل فلا حاجة به الى أن يحط عنه الضمان بزيادة لأنه قادر على أن يحطه بغير زيادة ومذهب أشهب أنه ليس له تعجيله الا باختيار المقرض فلذلك منع منه (مسئلة) واذا حل الاجل جاز أن يأخذ منه أفضل من ثيابه وأدنى وأكثر عددا فان أعطاه أفضل من ثيابه ودرهما أو دينارا فقد قال مالك لا يجوز ذلك ومعناه اذا كان رأس المال عينا لأنه اذا أخذ منه عينا من جنس رأس المال فقد آل أمرهما الى عين مؤجل بعرض وعين من جنسه مؤجل (مسئلة) ولو كانت الزيادة عرضا جاز ذلك وكذلك لو كان رأس مال السلم عرضا يجوز أن يسلم فى العرض المسلم فيه وأعطاه عند الاجل أدون من عرضه المسلم فيه و بعيرا أو درهما جاز لانه يؤل الى حيوان وثياب ودرهم الى أجل وذلك جائز (مسئلة) ولو كان رأس السلم عينا فأخذ المسلم عند الاجل أفضل من ثيابه و زاد عينا من جنس رأس المال جاز ذلك لانه وان كان فيه عين معجل وعين مؤجل بعرض معجل فان العين المؤجل لما كان يسيرا ضعفت فيه التهمة والله أعلم ولا يجوز عند الشافعى أن يزيد المسلم درهما و يأخذ أفضل مما سلم لانه بيع لا سلم فيه قبل قبضه وذلك غير جائز عنده وجوز أبو حنيفة ذلك فى الثياب دون المكيل والموزون وقد تقدم ذكر ذلك كله (فرع) فان كانت الزيادة من المسلم اليه فلا يفترقان قبل قبضهما لما قدمناه وان كانت من المسلم لفضل ما أخذ على ما كان له جاز أن تتأخر الزيادة رواه على بن زياد عن مالك لانه يدخله الكالى ء بالكالى ء ولا فسخ عين فى دين وذلك ان المسلم معجل ما ينتقل اليه فابتاع الزيادة

* قال مالك فيمن سلف دنانير أو دراهم فى أربعة أثواب موصوفة الى أجل فلما حل الأجل تقاضى صاحبها فلم يجدها عنده ووجد عنده ثيابا دونها من صنفها فقال له الذى عليه الأثواب أعطيك بها ثمانية أثواب من ثيابى هذه انه لا بأس بذلك اذا أخذ تلك الأثواب التى يعطيه قبل أن يفترقا فان دخل ذلك الأجل فانه لا يصلح وان كان ذلك قبل محل الأجل فانه لا يصلح أيضا الا أن يبيعه ثيابا ليست من صنف الثياب التى سلفه فيها

التي قبضها بثمن مؤخر وذلك جائز (مسئلة) ولو لقي المسلم المسلم اليه بغير بلد السلم بعد ان حل الاجل جاز أن يأخذ منه مثل ماله عليه ولا يأخذ منه أرفع من ذلك قاله ابن القاسم وأشهب في المجموعة قال أشهب لانه اذا أخذ أرفع فهي زيادة لطرح الضمان واذا أخذ أدون فهو وضع لتعجيل الحق (مسئلة) ولو لم يحل الاجل فقد قال ابن القاسم ليس له أن يأخذ منه مثل ماله ولا أرفع ولا أوضع وروى ابن عبدوس عن سحنون ان ذلك جائز وجه القول الاول ما رواه ابن المواز عن ابن القاسم أنه يدخله قبل الاجل ما يدخله في أرفع وأدنى لان المسلم وضع المسافة ليتعجل له حقه والمسلم اليه زادها ليزول عنه الضمان فيدخله الوجهان والله أعلم وجه قول سحنون ان أخذ المثل قبل الأجل جائز وليس للمثل تأثير الا مثل تأثير الأجل وكل واحد منهما اذا انفرد لم يمنع قبض المثل فكذلك اذا اجتمعا وقول الجمهور على ما تقدم من قول ابن القاسم

﴿ بيع النحاس والحديد وما أشبههما مما يوزن ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر عندنا فيما يكال ويوزن من غير الذهب والفضة من النحاس والشبه والرصاص والآنك والحديد والقضب والتين والكرسف وما أشبه ذلك مما يوزن فلا بأس بأن يؤخذ من صنف واحد اثنان بواحد يدا بيد ولا بأس أن يؤخذ رطل حديد برطلي حديد ورطل صفر برطلي صفر * قال مالك ولا خير فيه اثنان بواحد من صنف واحد الى أجل فاذا اختلف الصنفان من ذلك فبان اختلافهما فلا بأس أن يؤخذ منه اثنان بواحد الى أجل فان كان الصنف منه يشبه الصنف الآخر وان اختلفا في الاسم مثل الرصاص والآنك والشبه والصفر فاني أكره أن يؤخذ منه اثنان بواحد الى أجل ﴾ ش معنى قوله وذلك ان المكيل والموزون مما ليس بمطعوم ولا ثمن كالحناء والحديد والرصاص والنحاس فانه يجوز فيه التفاضل يدا بيد ويحرم فيه التفاضل مع الأجل في الجنس الواحد منه لما قدمناه قبل هذا

(فصل) وان كان الصنف يشبه الصنف الآخر وان اختلفا في الاسم كالرصاص والآنك فاني أكره أن يباع منه واحد باثنين الى أجل يريد بالتشابه تقارب المنافع مع تقارب الصورة كالآنك والرصاص زاد ابن حبيب والقزدير فانه جنس واحد في هذا الباب وكذلك الشبه والصفر والنحاس جنس واحد والحديد لينه وذكيره جنس واحد وانما يختلف بالعمل فاذا عمل الحديد سيوفا أو سكاكين أو النحاس أواني فانه يصير أصنافا باختلاف المنافع والصور

(فصل) وقوله فاني أكره أن يؤخذ منه اثنان بواحد لما قدمناه من أن الجنس الواحد لا يجوز بعضه ببعض نقدا متفاضلا في ذلك كله الا ما ذكره أصحابنا عن مالك في منع التفاضل في الفلوس واختلفوا في تأويل ذلك فمنهم من قال منعه على الكراهية ومنهم من قال منعه على التحريم وجه الكراهية ان السكة في النحاس صناعة لا تخرجه عن أصله فلم تنقله من اباحة التفاضل الى تحريمه كصناعته طستا وأواني ووجه رواية التحريم ان السكة نوع يختص بالأثمان فوجب أن تؤثر في تحريم التفاضل كجنس الذهب والفضة ومن نسب مالكا في هذا القول الى المناقضة فلم يتبين وجه الحكم والله أعلم ص ﴿ قال مالك وما اشتريت من هذه الأصناف كلها فلا بأس أن تبيعه قبل أن تقبضه من غير صاحبه الذي اشتريته منه اذا قبضت ثمنه اذا كنت اشتريته كيلا أو وزنا فان اشتريته جزافا فبعه من غير الذي اشتريته منه بنقد أو الى أجل وذلك أن ضمانه منك اذا اشتريته جزافا ولا

﴿ بيع النحاس والحديد وما أشبههما مما يوزن ﴾

* قال مالك الأمر عندنا فيما يكال ويوزن من غير الذهب والفضة من النحاس والشبه والرصاص والآنك والحديد والقضب والتين والكرسف وما أشبه ذلك مما يوزن فلا بأس بأن يؤخذ من صنف واحد اثنان بواحد يدا بيد ولا بأس أن يؤخذ رطل حديد برطلي حديد ورطل صفر برطلي صفر * قال مالك ولا خير فيه اثنان بواحد من صنف واحد الى أجل فاذا اختلف الصنفان من ذلك فبان اختلافهما فلا بأس بأن يؤخذ منه اثنان بواحد الى أجل فان كان الصنف منه يشبه الصنف الآخر وان اختلفا في الاسم مثل الرصاص والآنك والصفر فاني أكره أن يؤخذ منه اثنان بواحد الى أجل * قال مالك وما اشتريت من هذه الاصناف كلها فلا بأس أن تبيعه قبل أن تقبضه من غير صاحبه الذي اشتريته منه اذا قبضت ثمنه اذا كنت اشتريته كيلا أو وزنا فان اشتريته جزافا فبعه من غير الذي اشتريته منه بنقد أو الى أجل وذلك ان ضمانه منك

يكون ضمانه منك اذا اشتريته وزنا حتى تزنه وتستوفيه وهـذا أحب ماسمعت الى فى هـذه الأشياء كلها وهوالذى لم يزل عليـه أمر الناس عندنا ﴾ ش معنى قوله وذلك ان المكيل والموزون مماليس بمطعوم ولا ثمن كالحناء وقوله وما اشتريت من هذه الأصناف كيلا أووزنا فبعه من غير بائعه اذا قبضت ثمنه يريد انه لا يكون لك بيعه بثمن مؤجـل مالم تستوفه بالكيل أوالوزن كأنه وان كان حاضرا معينا فانه من ضمان البيع حتى توفيـه فصار من الـكالىء بالـكالىء وان اشتراه جزافا جاز بيعه بثمن مؤجل لانه بنفس العقد يكون فى ضمان المبتاع ولا تعلق له بضمان البائع وهذا مذهب مالك رحمه الله وهذا فى المبيـع الحاضر الذى هو من ضمان المشترى بنفس العـقد فأما الغائب الذى يكون من ضمان البائع (٢) ص ﴿قال مالك الأمر عندنا فيما يكال أو يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب مثل العصفر والنوى والخبط والـكتم وما أشـبه ذلك أنه لا بأس بأن يؤخذ من كل صنف منه اثنان بواحد يدا بيد ولا يؤخذ من صنف واحد منـه اثنان بواحد الى أجل فان اختلف الصنفان فبان اختلافهما فلا بأس بأن يؤخذ منه اثنان بواحد الى أجل وما اشترى من هـذه الأصناف كلها فلا بأس بأن يباع قبل أن يستوفى اذا قبض ثمنه من غير صاحبه الذى اشتراه منه * قال مالك وكل شئ ينتفع به الناس من الأصناف كلها وان كانت الحصباء والقصة فـكل واحد منهـما بمثليه الى أجل فهو ربا وواحد منهما بمثله وزيادة شئ من الأشياء الى أجل فهو ربا ﴾ ش قوله ان ماليس بمطعوم ولا ثمن فانه يجوز بيعه بجنسه يدا بيد متساويا ومتفاضلا ولا يجوز متفاضلا الى أجل و يجوز التفاضل فى الجنس الى أجل وقد تقدم ذلك وقوله وكل ماينتفع به الناس وان كان الحصباء والقصة فـكل واحد منهما بمثله الى أجل ربا وقد قال ابن حبيب ان التراب الأبيض والتراب الأسود صنفان قال وكذلك الجير والتراب الأبيض قال وكذلك العمد بالصخر والـكذان بالرخام والجندل بالحجارة والحجارة بالحصباء قال فهذا كله مختلف يجوز فيه التساوى والتفاضل الى أجل وقال غيره مااستوت منافعه كالجندل بالحجارة لم يجز ذلك فيه والله أعلم

(فصل) وقوله وواحد منهما بمثله وزيادة شئ من الأشياء الى أجل ربا يريد ان ما كان من جنس واحد يحرم فيه التفاضل الى أجل فانه لا يجوز وان كان ذلك الفضل من غير ذلك الجنس وربما كان منفعة أو عملا فانه لا يجوز ذلك فيه وبالله تعالى التوفيق

﴿ النهى عن بيعتين فى بيعة ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين فى بيعة ﴾ ش نهيـه صلى الله عليه وسلم عن بيعتين فى بيعة محمول على ظاهره من التحريم وقال الفقهاء فى معنى بيعتين فى بيعة أن يتناول عقد البيـع بيعتين على ان لا تتم منهما الا واحدة مع لزوم العقد فهذا هو معـنى بيعتين فى بيعة مثل أن يتبايعا هذا الثوب بدينار وهذا الآخر بدينار ين على أن يختار أحـدهما أى ذلك شاء وقد لزمهما ذلك أو لزم أحـدهما فهذا يوصف بانه بيعتان لانه قد عقد بيعة فى الثوب الذى بالدينار ين و بيعة أخرى فى الثوب الذى بالدينار ولم تجمعهما صفقة لانه لا يتم البيـع فيهما و يوصف بانه فى بيعة لانه احدى البيعتين فمثل هذا لا يجوز سواء كان ذلك بنقد واحد أو نقـدين مختلفين خلافا لعبـد العزيز بن أبى سلمة فى تجويزه ذلك بالنقد الواحد والدليل على مانقوله ما تقدم من نهيـه صلى الله عليه وسلم عن بيعتين فى بيعة ونهيـه يقتضى فساد المنهى عنه ومن جهة المعنى ما احتج به مالك من انه

اذا اشتريته جزافا ولا يكون ضمانه منك اذا اشتريته وزنا حتى تزنه وتستوفيه وهذا أحب ماسمعت الى فى هذه الأشياء كلها وهو الذى لم يزل عليه أمر الناس عندنا * قال مالك الأمر عندنا فيما يكال أو يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب مثـل العصفر والنوى والخبط والـكتم وما يشبه ذلك انه لا بأس بان يؤخذ من كل صنف منه اثنان بواحد يدا بيد ولا يؤخذ من صنف واحد منه اثنان بواحد الى أجل فان اختلف الصنفان فبان اختلافهما فلا بأس بان يؤخذ منه اثنان بواحد الى أجل وما اشترى من هـذه الاصناف كلها فلا بأس بان يباع قبل أن يستوفى اذا قبض ثمنه من غـير صاحبه الذى اشتراه منه * قال مالك وكل شئ ينتفع به الناس من الاصناف كلها وان كانت الحصباء والقصـة فـكل واحد منهما بمثليه الى أجل فهو ربا وواحد منهما بمثله وزيادة شئ من الاشياء الى أجل فهو ربا

﴿ النهى عن بيعتين فى بيعة ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين فى بيعة

يقدر عليه انه قد أخذ أحدهما بالدينار ثم تركه وأخذ الثانى ودفع دينارين فصار الى أن باع ثوبا ودينارا بثوب ودينارين (مسئلة) وأما ان كان ذلك بثمن واحد مثل أن يبيعه أحد هذين الثوبين يختار أيهما شاء بدينار وقد لزمهما ذلك أو لزم البائع فحقيقة المذهب الجواز وفى كتاب محمد قال مالك لا خير فيه قال محمد ومكروه وذلك أن يختلف الثوبان كانا من صنف واحد أو من صنفين اتفق الثمن أو اختلف ومعنى ذلك اذا كانا من صنفين فأما اذا كانا من صنف فان كان بينهما تفاضل يسير فهذا لا يكاد يسلم منه كل ثوبين وان كان بينهما تفاوت فى الجودة فهذا الذى ذهب اليه مالك وبه قال فى كتاب محمد ان كانت السلعتان مما يجوز أن تسلم احداهما فى الاخرى لم يجز ذلك على الزام احداهما فهذا يقتضى أنه اذا كان احداهما من الخيل السابقة أو من رفيق الثياب والثانية من حواشى الخيل وغليظ الثياب لم يجز لان هذا مما تسلم احداهما فى الاخرى الا ان مثل هذا لا يكاد يقع على وجه التخيير لان كل واحد يعلم ان الافضل هو خيار المشترى الا أن يريد بذلك أن يكونا جميعا من الكتان ويكون أحدهما شقة والآخر ثوبا مفصلا بحيث تختلف فيهما الاغراض فقد يأخذ الادون المشترى لغرضه فيه ويأخذ الاجود لفضله فيدخل هذا الغرر (فرق) فاذا قلنا بجواز ذلك وهو الاظهر فالذى يخرج هذا عن أن يكون من بيعتين فى بيعة يحتمل ذلك وجهين أحدهما أن يكون من بيعتين فى بيعة ولكنه مخصوص بالدليل لتعريه من الغرر والثانى أنه ليس من بيعتين فى بيعة لان معنى بيعتين فى بيعة أن تكون كل واحدة من البيعتين مقصودة لجنسها مختصة كل واحدة منهما بغرض غير غرض الاخرى وذلك موجود فيه اذا اختلف الثمنان أو اختلف المبيعان للجنس أو لتباين الجودة التى لا يتساوى معها الثمن فيها فاذا تساوى الثمنان وتساوت الجودة أو تقاربت تقاربا يكون فى معنى التساوى فانه لا تختص كل واحدة من البيعتين بغرض فلم تكن بيعة ولذلك لا يقال لمن اشترى قفيز حنطة من صبرة انه من باب بيعتين فى بيعة ولا بيع كسرة ولا خلاف فى المذهب انه يجوز أن يشترى عشرة أكبش يختارها من عشرين كبشا معينة وان كنا لا نشك أنه لا يكاد أن يتفق تساويهما ولكنه يتقارب كثير منها مع تساوى الغرض فيها أو تقاربه والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ما قلناه فمن اشترى أحد ثوبين على أن يختار من أحدهما فقبضهما على أن يختار فان له أن يختار مدة ما ضرب لذلك فان هلك أحدهما أو أصابه عيب فلا يخلو أن يكون ذلك قبل أن يختار أو بعده فان كان ذلك قبل أن يختار ففى كتاب ابن المواز عن مالك الهالك المعيب بينهما والسالم بينهما وقال ابن القاسم يضمن نصف التالف منهما وأنكر ذلك ابن حبيب وقال بل يضمن جميع ثمنه قال وقاله لى من كاشفته من أصحاب مالك وقال أشهب فى النوادر واذا غاب على الثوبين فهو ضامن لهما وأما فى العبدين فلا ضمان عليه فى الهالك ويلزمه الباقى والذى عنه فى المدونة أن له أن يأخذ الباقى أو يرده وجه قول مالك وابن القاسم انه قبضهما على وجه الاختيار فلم يضمن الا بقدر ماله فيهما من جهة الغرر ألا ترى أنه لو كان له قبل رجل دينار فدفع اليه ثلاثة دنانير ليراها ويأخذ واحدا منها فضاعت فانه لا يضمن الا واحدا منها ووجه قول ابن حبيب ما احتج به من انه أخذ كل واحد من الثياب بالخيار فاذا لم تقم بينة بضياعه وجب أن يضمنه ألا ترى أنه لو اشترى ثوبين على انه بالخيار ان شاء أخذ أحدهما وان شاء ردهما فضاع الثوبان أو أحدهما فان قول ابن القاسم انه يضمن ما ضاع منهما وفرق ابن القاسم بينهما أنه اذا ابتاع الثوبين على انه بالخيار فقد تناولهما البيع أو احدهما على وجه واحد فوجب أن يضمنهما واذا اشترى أحدهما على أن يختاره من ثوبين فان الشراء تناول أحدهما وقبض الآخر

على وجه الامانة المحضة فلم يضمنه (مسئلة) ومن كان له على رجل دينار فأعطاه ثلاثة دنانير ليزنها ويأخذ منها واحدا فضاعت روى ابن حبيب عن أصحاب مالك انه لا يضمن الا واحدا منها وذلك اذا لم يشك أن فيها وازنا فأما اذا جهل ذلك وضاعت قبل الوزن فلا يضمن شيأ منها ويحلف انه ما علم ان فيها وازنا وفي المدونة فمن كان له على رجل دينار فيعطيه ثلاثة دنانير يختار أحدها فيذكر انه تلف أحدها انه يكون شريكا قال سحنون ومعنى ذلك أنه لم يعرف تلفه الا بقوله لمعنى رواية ابن حبيب انه لا يضمن اذا لم يعرف ان فيها ما يكون وفاء حقه لانه لم يقبضه على الاستيفاء فاذا عرف ان فيها وفاء حقه ضمن منها بقدر حقه لان الباقي انما دفع اليه على وجه التبرع والوديعة المحضة بخلاف من اشترى ثوبا بالخيار من ثوبين فان حقه متعلق بكلا الثوبين حتى يختار وعلى ذلك قبضه وليس كذلك من كان له على رجل دينار فدفع اليه ثلاثة دنانير ليستوفي منها حقه فانه لم يكن استحق عليه أن يدفع اليه غير دينار واحد فيه وفاء عن حقه وجه قول سحنون أيضا انه انما قبضه ليختار فاذا قامت بينة بضياعه فلا ضمان عليه كسلعة أخذها بشراء الخيار لو بهاوان لم تقم بينة بضياعها ضمنها الان قبضها لمنفعة نفسه وهو مما يغاب عليه (مسئلة) واذا قلنا ان من ابتاع ثوبا بالخيار من ثوبين فضاع أحدهما ان عليه نصف ثمنه فهل يكون له أن يأخذ الباقي بالثمن أو يرده قال ابن القاسم في المدونة عن مالك في الثوب له أن يرد الباقي وقال ابن القاسم وللمشترى أن يأخذ الباقي في أيام الخيار وماقرب منها وروى ابن الموازعن مالك ان عليه نصف المعيب ان دخل أحدهما عيب ونصف الباقي السالم وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية ان تلف أحدهما فله رد الباقي وغرم نصف ثمن التالف وان أراد امساك الباقي فليس له الا نصفه الا أن يرضى البائع بذلك وجه قول المدونة انه لم يتقدم اختياره وهو في مدة الاختيار جازله أن يختار الباقي فيضمن نصف الاول لما قبضه للاختيار وغاب عليه وله أن يرده فيكون اختياره متعلقا بالتالف لانه لما تلف قبل اختياره لم يضمن جميعه بالثمن ولا يجوز له أن يختار بعد مدة الخيار الباقي لان اختياره في غير مدة الاختيار ووجه رواية ابن المواز ما احتج به ابن القاسم انه قد لزمه نصف الثوب التالف فلا يكون له أن يختار الثوب الباقي فيصير اليه ثوب ونصف وانما ابتاع ثوبا واحدا (فرع) فاذا قلنا يضمن نصف التالف قال ابن القاسم يضمن نصفه بنصف الثمن وقال أشهب في النوادر ان أخذ الباقي كان عليه بالثمن والتالف بالقيمة وان رده فالتالف عليه بالأقل من الثمن أو القيمة

(فصل) ولو قال المبتاع انما ضاع أحدهما بعد ان اخترت الباقي فالقول قوله ويحلف ولا شيء عليه في التالف قاله أصبغ في كتاب محمد ووجه ذلك انه مؤتمن على الاختيار ولو أشهد على اختياره أحد الثوبين بغير محضر البائع ثم ادعى هلاك الثاني قال ابن حبيب ابن القاسم لا يضمنه ومن سواه من أصحاب مالك يضمنه وهو الصواب قال الشيخ أبو محمد هكذا في كتاب ابن حبيب فان كان يريد انه يختار أحدهما فهو قول ابن القاسم وان كان يريد انه يختارهما أو يردهما فليس بقول ابن القاسم ص ﴿ مالك انه بلغه ان رجلا قال لرجل ابتع لي هذا البعير بنقد حتى ابتاعه منك الى أجل فسئل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى عنه ﴾ ش قوله ابتع لي هذا البعير بنقد فابتاعه منه الى أجل أدخله في باب بيعتين في بيعة ولا يمتنع أن يوصف بذلك من جهة انه انعقد بينهما ان المبتاع للبعير بالنقد انما يشتريه على انه قد لزم مبتاعه بأجل بأكثر من ذلك الثمن فصار قد انعقد بينهما عقد بيع تضمن بيعتين احداهما الأولى وهي بالنقد والثانية المؤجلة وفيهما مع ذلك بيع ما ليس

*وحدثني مالك انه بلغه ان رجلا قال لرجل ابتع لي هذا البعير بنقد حتى ابتاعه منك الى أجل فسأل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى عنه

عنده لان المبتاع بالنقد قد باع من المبتاع بالأجل البعير قبل أن يملكه وفيها سلف بزيادة لانه يبتاع له البعير بعشرة على أن يبيعه منه بعشرين الى أجل يتضمن ذلك انه سلفه عشرة فى عشرين الى أجل وهذه كلها معان تمنع جواز البيع والعينة فيها أظهر من سائرها والله أعلم وقال عيسى سألت ابن القاسم عن تفسير بيعتين فى بيعة فقال بيعتان فى بيعة أكثر من أن يبلغ ذلك بتفسير وأصل يبنى عليه ومما يعرف به مكروهما ان يتبايعا بامرين ان فسخت أحدهما فى الآخر كان حراما وان فسخت أحدهما فى الآخر كان غررا قال عيسى فالاول أن يبيعه سلعة بدينار نقدا أو بدينارين الى أجل فهذا ان فسخت أحدهما فى الآخر كان حراما والثانى أن يبيعه سلعة بثوب أو شاة فهذا ان فسخ أحدهما فى الاخر كان غررا فان وقع ذلك فسخ الا أن يفوت عند المبتاع فتجب فيه القيمة (مسئلة) وان وقع ماذكره من أن يتفقا على أن يبتاع له البعير فيبيعه منه روى عيسى عن ابن القاسم ان باعه منه بمثل الثمن الذى ابتاعه به فلا بأس به لانه أسلفه الثمن ولا خير فى ان يبيعه منه بأكثر مما ابتاعه ويفسخ البيع الا أن تفوت السلعة فيكون لبائعه قيمتها نقدا أو بما ابتاعها هذا المشهور من المذهب وروى ابن القاسم عن مالك انها تلزمه الاثنا عشر ولا يفسخ البيع لان المأمور كان ضامنا للسلعة قال ابن القاسم وأحب الى لو تورع عن أخذ ما ازداد وقال عيسى وأحب الى أن يفسخ الا أن تفوت فتكون فيها القيمة لبائعها والله أعلم ص ﴿ مالك انه بلغه ان القاسم بن محمد سئل عن رجل اشترى سلعة بعشرة دنانير نقدا أو خمسة عشر الى أجل فكره ذلك ونهى عنه * قال مالك فى رجل ابتاع سلعة من رجل بعشرة دنانير نقدا أو بخمسة عشر دينارا الى أجل قد وجبت للمشترى باحد الثمنين قال مالك انه لا ينبغى ذلك لانه ان أخر العشرة كانت خمسة عشر الى أجل وان نقد العشرة كان انما اشترى بها الخمسة عشر التى الى أجل ﴾ ش وهذا على ما قاله انه اذا اختلف الثمنان واختلف البيعتان بالنقد والتأجيل فقد وضح أنهما بيعتان تضمنتهما بيعة وذلك يمنع صحة العقد وقد دللنا على أنه لا يجوز ذلك مع اختلاف الثمن فقط فبان لا يجوز مع اختلاف الثمن واختلافهما بالنقد والأجل أولى وفسر ذلك مالك بان من له الخيار منهما ان أنفذ البيع بعشرة نقدا فقد أخذ ذلك بخمسة عشر مؤجلة يتركها وان أنفذ البيع بخمسة عشر مؤجلة فقد أخذها بعشرة نقدا تركها ولا يجوز ذلك وهذا انما هو من باب الذريعة لتجويز أن يكون الذى له الخيار قد اختار أولا انفاذ ذلك العقد بأحد الثمنين ثم بدا له فلم يظهر ذلك وعدل الى الآخر وهذا مما لا يكاد أن يسلم منه مع الترجيح فى أفضل الأمرين وحاجتهما اليهما أو الى أحدهما والله أعلم

(فصل) وقوله وقد وجبت للمشترى بأحد الثمنين يقتضى أن ذلك علة الفساد وقد حكى ابن المواز عن مالك انه ان لزم ذلك المشترى بخيار البائع أو البائع بخيار المشترى فى أحد الثمنين أو رد السلعة فهو من بيعتين فى بيعة قال ولو كان كل واحد منهما بالخيار لجاز ذلك وان اختلف صنف الثوبين أو اتفقا اذا اختلف الثمنان أو اتفقا ووجه ذلك انه لم ينعقد بينهما شئ وهما على ما كانا عليه قبل أن يأخذ فى ذلك فى أن كل واحد منهما بالخيار ووجه آخر وهو ان هذه حال المساومة وللرجل أن يساوم الآخر فى عدد سلع مختلفة الأجناس والأثمان (مسئلة) فان أتى البائع بلفظ الايجاب لم يثبت التخيير فى ذلك الا بالتصريح به وأما اذا قال له خذ هذا الثوب ان شئت بدينار أو هذه الشاة بدينار ولم يزد على ذلك لم يجز لانه قد ألزم البيع فى أحدهما بغير خيار فهو ايجاب فاسد قاله مالك وروى أشهب عن مالك جواز ذلك قال محمد رواية أشهب الاولى عن مالك أصح وهى رواية ابن وهب وابن القاسم عن مالك وكذلك لو قال له المشترى قد أخذت لكان قبولا فاسدا لاستناده الى

* وحدثنى مالك أنه بلغه ان القاسم بن محمد سأل عن رجل اشترى سلعة بعشرة دنانير نقدا أو بخمسة عشر دينارا الى أجل فكره ذلك ونهى عنه * قال مالك فى رجل ابتاع سلعة من رجل بعشرة دنانير نقدا أو بخمسة عشر دينارا الى أجل قد وجبت للمشترى باحد الثمنين انه لا ينبغى ذلك لأنه ان أخر العشرة كانت خمسة عشر الى أجل وان نقد العشرة كان انما اشترى بها الخمسة عشر التى الى أجل

الايجاب الفاسد ولتعريه من معنى التخيير والمساومة قال، معنى ذلك كله محمد وبينه فى التفسير عيسى عن ابن القاسم قال ولفظ الايجاب أن يقول له خذها بكذا وكذا أو يقول له هى لك بكذا قال عيسى وكذلك أعطيتكها بكذا أو بعتكها بكذا وأما اذا لم يتلفظ بايجاب وانما تلفظ بلفظ المساومة مثل أن يقول أنا أبيع هذا الثوب بدينار وأبيع هذا الآخر بدينارين أو يقول له المشترى بكم سلعتك هذه فيقول بدينار نقدا فيقول له وبكم تبيعها الى أجل فيقول بدينارين فاشترى باحدهما لم يكن بذلك بأس (مسئلة) ويجوز أن يفترقا على انهما بالخيار أو على ان أحدهما بالخيار أو على ان البيع قد لزمهما مع تساوى الثوبين والثمنين على ان الاختيار لأحدهما خلافا لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما لا يجوز أن يفترقا الا على ثمن معلوم والدليل على مانقوله ان الثمن معلوم ودخول الاختيار فى أحد الثوبين لا تأثير له فى الثمن وانما يعود لعدم تعيين المبيع وذلك لا يمنع صحة العقد كما لو اشترى منه قفيزقمح من جملة صبرة فيها أقفزة ص ﴿ قال مالك فى رجل اشترى من رجل سلعة بدينار نقدا أو بشاة موصوفة الى أجل قد وجب عليه البيع بأحد الثمنين ان ذلك مكروه لا ينبغى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين فى بيعة وهذا من بيعتين فى بيعة * قال مالك فى رجل قال لرجل أشترى منك هذه العجوة خمسة عشر صاعا أو الصيحانى عشرة أصوع أو الحنطة المحمولة خمسة عشر صاعا أو الشامية عشرة أصوع بدينار قد وجبت لى احداهما ان ذلك مكروه لا يحل وذلك انه قد أوجب له عشرة أصوع صيحانيا فهو يدعها ويأخذ خمسة عشر صاعا من العجوة أو تجب له خمسة عشر صاعا من الحنطة المحمولة فيدعها ويأخذ عشرة أصوع من الشامية فهذا مكروه لا يحل وهو أيضا يشبه مانهى عنه من بيعتين فى بيعة وهو أيضا مما نهى عنه أن يباع من صنف واحد من الطعام اثنان بواحد ﴾ ش قوله من باع من رجل سلعة بدينار نقدا أو بشاة موصوفة الى أجل وذلك مكروه من بيعتين فى بيعة على ماتقدم لان الثمنين قد اختلفا فى الجنس والقدر وان اختلفا فى الأجل والنقد ولو اختلفا باحدهما لفسد العقد ومتى اختلف أحد العوضين بالجنس أو القدر المقصود أو بالنقد والتأجيل فهو من معنى بيعتين فى بيعة الذى نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه (فصل) وقوله فى الذى يشترى العجوة خمسة عشر صاعا أو الصيحانى عشرة أصوع ان ذلك مكروه على ماقدمناه من ان اختلاف جنس أحد العوضين يمنع صحة العقد فلما كان أحد القدرين صيحانيا وعشرة أصوع والآخر عجوة وخمسة عشر صاعا دخله الفساد من وجهين من جهة القدر المقصود ومن جهة الجنس ولو كان مع ذلك المطعوم من جنس واحد وقدر واحد فيقول له ابتع هذه الصبرة عشرة أصوع بدينار وان شئت من هذه الصبرة التى هى من جنسها عشرة أصوع بدينار وعقدا بيعهما على ذلك لم يجز رواه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك انه يدخله بيع الطعام قبل استيفائه لانه يجوز عليه انه قد رضى باحدهما ثم انتقل عنه الى الآخر فباع الأول قبل استيفائه الثانى (مسئلة) ولو لم يكن فيه حق استيفاء فقد قال مالك فيمن باع من رجل تمر حائطه على أن يختار منه البائع ثلاث نخلات ان ذلك جائز ومنع منه ابن القاسم

(فصل) وقوله وقد يشبه مانهى عنه من بيعتين فى بيعة قد تقدم القول فيه وقال عيسى بن دينار عن ابن القاسم واما شرطان فى شرط بان يقول الرجل للرجل احمل كتابى هذا الى بلد كذا فان بلغته فى يومين فلك كذا وان تأخرت عن ذلك فلك كذا الأقل منه فهذان شرطان فى شرط وهو من بيعتين فى بيعة وقاله أصبغ

* قال مالك فى رجل اشترى من رجل سلعة بدينار نقدا أو بشاة موصوفة الى أجل قد وجب عليه البيع بأحد الثمنين ان ذلك مكروه لا ينبغى لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين فى بيعة وهذا من بيعتين فى بيعة * قال مالك فى رجل قال لرجل اشترى منك هذه العجوة خمسة عشر صاعا أو الصيحانى فى عشرة أصوع أو الحنطة المحمولة خمسة عشر صاعا أو الشامية عشرة أصوع بدينار قد وجبت لى احداهما ان ذلك مكروه لا يحل وذلك انه قد أوجب له عشرة أصوع صيحانيا فهو يدعها ويأخذ خمسة عشر صاعا من العجوة أو تجب له خمسة عشر صاعا من الحنطة المحمولة فيدعها ويأخذ عشرة أصوع من الشامية فهذا مكروه لا يحل وهو أيضا يشبه ما نهى عنه من بيعتين فى بيعة وهو أيضا مما نهى عنه أن يباع من صنف واحد من الطعام اثنان بواحد

﴿ بيع الغرر ﴾

ص ﴿ مالك عن أبي حازم بن دينار عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر * قال مالك ومن الغرر والمخاطرة أن يعمد الرجل قد ضلت دابته أو أبق غلامه وثمن الشيء من ذلك خمسون دينارا فيقول له رجل أنا آخذه منك بعشرين دينارا فان وجده المبتاع ذهب من البائع ثلاثون دينارا وان لم يجده ذهب من المبتاع بعشرين دينارا * قال مالك وفي ذلك عيب آخر ان تلك الضالة ان وجدت لم يدر أزادت أم نقصت أم ماحدث بها من العيوب فهذا أعظم المخاطرة ﴾ ش نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر يقتضي فساده ومعنى بيع الغرر والله أعلم ما كثر فيه الغرر وغلب عليه حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر فهذا الذي لاخلاف في المنع منه وأما يسير الغرر فانه لايؤثر في فساد عقد بيع فانه لا يكاد يخلو عقد منه وانما يختلف العلماء في فساد أعيان العقود لاختلافهم فيما فيه من الغرر وهل هو من حيز الكثير الذي يمنع الصحة أو من حيز القليل الذي لايمنعها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالغرر يتعلق بالمبيع من ثلاثة أوجه من جهة العقد والعوض والأجل فاما المبيع والثمن فان يكون أحدهما مجهول الصفة حين العقد كشراء الأجنة واشتراطها قال مالك لاخير في بيع الرمكة على انها عقوق وكذلك الغنم والابل الأن يقول انها عقوق ولايشترط ذكره ابن المواز وروى عبد الملك بن الحسن عن أشهب يجوز ذلك وفي القول الأول انه غير مقدور على تسليمه حين استحقاق التسليم كالعبد الآبق والجمل الشارد والسلم في ثمر حائط بعينه ومايشبه ذلك سوى الابل المهملة في الرعي فان رآها المبتاع قال مالك لايجوز ذلك قال ابن القاسم في كتاب محمد وكذلك المهارات والفلاء الصغار بالبراءة وهي كبيع الآبق وروى أصبغ عن ابن القاسم لاتباع الابل الصغار ومالا يوجد الابالارهاق وعلل ذلك بانه لايدري متى يوجد وعلل ذلك ابن القاسم بان أحدهما خطر وزاد في العتبية أصبغ عن ابن القاسم انه لايدري مافيها من العيوب قال كبيع الغائب بغير صفة وأنكر هذا أصبغ وقال انما يكره لصعوبة أخذها ولولا ذلك لجاز ولكان بيع الغائب وغيره بالبراءة ممالايعلم جائزا وقال ابن حبيب لايجوز ذلك بيعت بالبراءة أو بغير البراءة (فرع) اذا ثبت منع هذا البيع فالمبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المبتاع قاله ابن القاسم قال ابن حبيب فان فاتت عند المبتاع فعليه قيمتها يوم قبضها ووجه ذلك ان مامنع من بيعه الغرر ومايخاف من تعذر قبضه فانه من البائع وانما يضمنه المبتاع بالقبض كالآبق (مسئلة) وقد يكون مقدورا على تسليمه ويكون الغرر فيه من أجل حاله كالعبد أوغيره من الحيوان المرض بمرض يخاف منه الموت قال ابن حبيب هو من الغرر ويفسخ البيع مالم يفت بيد المبتاع فتكون عليه قيمته يوم قبضه (مسئلة) ومن الجهالة في الثمن أن يبيعه السلعة بقيمتها أو بمايعطى فيها ولو قال له بعتك اياها بماشئت ثم سخط ماأرسل اليه قال ابن القاسم ان أعطاه القيمة لزمه ذلك قال محمد معناه ان فات وان لم يفت ردلان هذا لايجوز في هبة الثواب وجه قول ابن القاسم ان ظاهر أمره المكارمة وتعليق ذلك باختيار المبتاع فأشبه هذا الثوب ووجه قول محمد اعتبارا بلفظ البيع ولذلك فرق بينه وبين التلفظ بالهبة للثواب فجعل للفظ تأثيرا في ذلك والله أعلم (مسئلة) ومن دفع الى رجل داره على أن ينفق عليه حياته روى ابن المواز عن أشهب لاأحب ذلك ولاأفسخه ان وقع وقال أصبغ هو حرام لان حياته مجهولة ويفسخ وقال ابن القاسم عن مالك لايجوز اذا قال على أن ينفق عليه حياته

﴿ بيع الغرر ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن أبي حازم بن دينار عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر * قال مالك ومن الغرر والمخاطرة أن يعمد الرجل قد ضلت دابته أو ابق غلامه وثمن الشيء من ذلك خمسون دينارا فيقول رجل أنا آخذه منك بعشرين دينارا فان وجده المبتاع ذهب من البائع ثلاثون دينارا وان لم يجده ذهب من المبتاع بعشرين دينارا * قال مالك وفي ذلك عيب آخر ان تلك الضالة ان وجدت لم يدر أزادت أم نقصت أم ماحدث بها من العيوب فهذا أعظم المخاطرة

(مسئلة) وأما الغرر من جهة العقد فمثل البيعتين فى بيعة لانه لايدرى أى العوضين ابتاع أو باع ومن ذلك بيع الحصاة وهو من بيوع الجاهلية تكون حصاة بيد البائع فاذا سقطت وجب البيع ومن ذلك بيع العربان (مسئلة) وأما تعلق الغرر بالأجل فان يكون مجهولا أو بعيدا فأما المجهول فمثل أن يكون الى موت الى ميسرة أوالى أن يبيع المبيع وما أشبه ذلك وأما البيع من أهل الأسواق على التقاضى وقد عرفوا ان قدر ذلك الشهر ونحوه فجوزه مالك قال الشيخ أبو محمد معنى ذلك فيما جرى بينهم تقاضيه مقطعا قال مالك وان تأخر بعدما عرف من وجه التقاضى أغرم ذلك وأما البعيد فكره ابن القاسم البيع الى أجل بعيد مثل عشرين سنة أو أكثر ولا يفسخه الا مثل الثمانين والتسعين ولا باس به الى عشرين سنة وانما اشرت الى كل باب من ذلك باشارة يسيرة وهو مستوعب فى كتاب الاستيفاء وبالله التوفيق ص ﴿ قال مالك والأمر عندنا ان من المخاطرة والغرر اشتراء مافى بطون الاناث من النساء والدواب لانه لايدرى أيخرج أم لايخرج فان خرج لم يدر أيكون حسنا أم قبيحا أم تاما أم ناقصا أم ذكرا أم أنثى وذلك كله يتفاضل ان كان على كذا فقيمته كذا وان كان على كذا فقيمته كذا ﴾ ش قوله ان من المخاطرة بيع مافى بطون الاناث من النساء والدواب فالأصل فى ذلك نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المضامين والملاقيح قال جماعة من أصحابنا المضامين مافى بطون الاناث والملاقيح مافى ظهور الذكور وقال ابن حبيب المضامين مافى ظهور الفحول والملاقيح مافى بطون الاناث ووجهه من جهة المعنى ما احتج به من انه مجهول الصفة متعذر التسليم وأحد الأمرين يفسد العقد وافسادهما اذا اجتمعا أوكد (مسئلة) فان وقع فى ذلك بيع نقض مالم يخرج الجنين ويقبضه المبتاع ويفوت عنده فان فات عنده فعليه قيمته يوم القبض فان كان من بنى آدم على البائع والمشترى جمعهما فى ملك واحد ووجه ذلك انه بيع فاسد فلا يفوت الا بالتغير بعد القبض فلزم المبتاع قيمته يوم حكم بقبضه ولا يجوز التفرقة بين الأم وولدها الصغير فى الملك فيجبران على جمعهما فى ملك واحد امابان يبتاع أحدهما من الآخر والا بيعا عليهما وبالله التوفيق ص ﴿ قال مالك ولا ينبغى بيع الاناث واستثناء مافى بطونها وذلك أن يقول الرجل للرجل ثمن شاتى الغزيرة ثلاثة دنانير فهى لك بدينارين ولى مافى بطنها فهذا مكروه لانه غرر ومخاطرة ﴾ ش أما قوله انه لاينبغى أن يبيع الرجل شاته الحامل ويستثنى جنينها فعلى ماقاله فأما على قولنا ان المستثنى من المبيع مبيع معه ثم يخرج بالاستثناء من جملته فظاهر لانه مجهول الصفة على ماقدمناه فاذا تناوله البيع فسد البيع ووجهه ان الجملة المرئية اذا استثنى مجهول متناهى الجهالة أثر ذلك فى باقى الجملة جهالة تمنع صحة عقد البيع عليها ص ﴿ قال مالك ولا يحل بيع الزيتون بالزيت ولا الجلجلان بدهن الجلجلان ولا الزبد بالسمن لان المزابنة تدخله ولان الذى يشترى الحب وما أشبهه بشئ مسمى مما يخرج منه لايدرى أيخرج منه أقل من ذلك أو أكثر فهذا غرر مخاطرة * قال مالك ومن ذلك أيضا اشتراء حب البان بالسليخة فذلك غرر لان الذى يخرج من حب البان هو السليخة ولا بأس بحب البان بالبان المطيب لان البان المطيب قد طيب ونش وتحول عن حال السليخة ﴾ ش قوله لايحل بيع الزيتون بالزيت لما احتج به من أنه من المزابنة وذلك بيع الشئ بما يخرج منه لان المقدار الذى يخرج منه مجهول وهو مما يعتبر فيه التساوى لتحريم الربا فيه وانما قال لانه لايدرى أيخرج منه أقل من ذلك أو أكثر فهذا غرر ومخاطرة يريد انه لايجوز أن يعطى أحدهما الا أكثر مما لايشك فى أنه أكثر لما يأخذ منه فيخرج بذلك عن المخاطرة والمقامرة لانه يدخله نوع آخر من الفساد وهو التفاضل

لأنه لايدرى أيخرج أم لايخرج فان خرج لم يدر أيكون حسنا أم قبيحا أم تاما أم ناقصا أم ذكرا أم أنثى وذلك كله يتفاضل ان كان على كذا فقيمته كذا وان كان على كذا فقيمته كذا * قال مالك ولا ينبغى بيع الاناث واستثناء ما فى بطونها وذلك أن يقول الرجل للرجل ثمن شاتى الغزيرة ثلاثة دنانير فهى لك بدينارين ولى ما فى بطنها فهذا مكروه لأنه غرر ومخاطرة * قال مالك ولا يحل بيع الزيتون بالزيت ولا الجلجلان بدهن الجلجلان ولا الزبد بالسمن لأن المزابنة تدخله ولأن الذى يشترى الحب وما أشبهه بشئ مسمى مما يخرج منه لا يدرى أيخرج منه أقل من ذلك أو أكثر فهذا غرر ومخاطرة * قال مالك ومن ذلك أيضا اشتراء حب البان بالسليخة فذلك غرر لأن الذى يخرج من حب البان هو السليخة ولا بأس بحب البان بالبان المطيب لأن البان المطيب قد طب ونش وتحول عن حال السليخة

فيما يحرم فيه التفاضل فلابد من أن يتحرى التساوى فيهما ولا يصح التحرى فيه لانه لا يعلم أنه يخرج من هذا الزيتون أقل من الزيت الآخر أو أكثر لان مثل هذا لا يبلغ بتحرى الزيتون والله أعلم

(فصل) وقوله ومن ذلك اشتراء حب البان بالسليخة لان الذى يخرج من حب البان هو السليخة قال عيسى السليخة هى عصارة حب البان وهو الزيت الذى يخرج منه فمنع حب البان بما يخرج منه وان لم يكن مطعوما ولا فيما يجرى فيه الربا لما فيه من الغرر عند تقاربهما وان كان لا يحرم التفاضل فى السليخة وحب البان لانه يجوز بيع الشئ بما يخرج منه وان كانا مما لا يحرم فيه التفاضل ولذلك لا يجوز بيع الكتان بالغزل جزافا أو أحدهما جزافا وان كان يدا بيد ولا شئ مما لا يحرم فيه التفاضل بعضه ببعض جزافا مع تجويز التساوى والتفاضل قاله مالك قال محمد وهذا فيما يتقارب فأما لو دفع رطل صوف بعشرة أرطال مغز وله يدا بيد لجاز

(فصل) وقوله ولا بأس بحب البان بالبان المطيب لأن المطيب قد طيب ونش وتحول عن السليخة قال عيسى بن دينار والنش هو التطييب جعل النش فى البان صنعة يخرج بها عن جنس السليخة التى ليست بمطيبة لان هذا نهاية الصناعة فيها والله أعلم ص ﴿ قال مالك فى رجل باع سلعة من رجل على أنه لا نقصان على المبتاع ان ذلك بيع غير جائز وهو من المخاطرة وتفسير ذلك أنه كأنه استأجره بربح ان كان فى تلك السلعة وان باع برأس المال أو بنقصان فلا شئ له وذهب عناؤه باطلا فهذا لا يصلح وللمبتاع فى هذا أجرة بمقدار ما عالج من ذلك وما كان فى تلك السلعة من نقصان أو ربح فهو للبائع وعليه وانما يكون ذلك اذا فاتت السلعة و بيعت فان لم تفت فسخ البيع بينهما * قال مالك فأما أن يبيع رجل من رجل سلعة يبت بيعها ثم يندم المشترى فيقول للبائع ضع عنى فيأبى البائع و يقول بع ولا نقصان عليك فهذا لا بأس به لانه ليس من المخاطرة وانما هو شئ وضعه له وليس على ذلك عقدا بيعهما وذلك الذى عليه الأمر عندنا ﴾ ش قوله لا يجوز أن يبيع الرجل من رجل سلعة على أنه لا نقصان على المبتاع لما ذكره من وجه الغرر لانه استأجره على بيعه بربح ان كان فيه ولا يدرى قدره ولا جنسه وان لم يكن فيه ربح فلا شئ له وقد كره مالك أن يبيع من الرجل السلعة على أنه ان وجد قضاه وان مات قبل أن يجد فهو فى حل قال ابن القاسم هو حرام و يرد فان فاتت السلعة بقيمتها يوم قبضها ومعنى ذلك أنه زاد فى ثمنها للجهل بالأجل ولما فيه من تعليق القضاء بالوجود

(فصل) وقوله وللمبتاع فى هذا أجرة بقدر ما عالج من ذلك وللبائع الزيادة والنقص ان فاتت السلعة يريد انه يحمل على ما يؤول اليه أمرهما من الاجارة فان فاتت السلعة ببيع المبتاع لها فللذى باعها منه الثمن كان أقل من قيمتها أو أكثر وكان للمبتاع أجرة ما حاول من بيعها وغير ذلك من حفظها ان كان له أجرة وان وجدت السلعة بيد المبتاع لم تفت فسخ البيع فيما يحتمل أن يريد وجد بيد المبتاع لم يدخلها ما يغير صفتها على ما تقدم من قول ابن القاسم والله أعلم

(فصل) وقوله فان ندم مشترى سلعة وسأل الوضيعة فيقول البائع بع ولا نقصان عليك فهذا لا بأس به يريد لان العقد قد سلم أولا مما يفسده ابتداء وقد قال مالك فى كتاب ابن مزين وذلك لازم ووجه ذلك أنه قد حمله بما غره به على بيع سلعته فوجب أن يلزمه ما التزم له بذلك (مسئلة) ولو قال ذلك البائع والسلعة بائرة فأراد المبتاع حملها على وجه السوق لما أمن النقصان قال عيسى عن ابن القاسم ليس له أن يبيعها الا على وجه البيع ووجه ذلك انه انما أباح له البيع المعتاد على وجه الاجتهاد وطلب زيادة الثمن فليس له الخروج عنه الى ما يكثر به النقصان (فرع) فان باع حين البيع فزعم انه نقص

* قال مالك فى رجل باع سلعة من رجل على انه لا نقصان عن المبتاع ان ذلك بيع غير جائز وهو من المخاطرة وتفسير ذلك انه كأنه استأجره بربح ان كان فى تلك السلعة وان باع برأس المال أو بنقصان فلا شئ له وذهب عناؤه باطلا فهذا لا يصلح وللمبتاع فى هذا أجرة بمقدار ما عالج من ذلك وما كان فى تلك السلعة من نقصان أو ربح فهو للبائع وعليه وانما يكون ذلك اذا فاتت السلعة وبيعت فان لم تفت فسخ البيع بينهما * قال مالك فأما أن يبيع رجل من رجل سلعة يبت بيعها ثم يندم المشترى فيقول للبائع ضع عنى فيأبى البائع ويقول بع ولا نقصان عليك فهذا لا بأس به لأنه ليس من المخاطرة وانما هو شئ وضعه له وليس على ذلك عقدا بيعهما وذلك الذى عليه الأمر عندنا

﴿ الملامسة والمنابذة ﴾ * حدثنا يحيى عن مالك عن محمد بن يحيى بن حبان وعن أبى الزناد عن الاعرج عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة * قال مالك والملامسة أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره ولا يتبين مافيه أو يبتاعه ليلا ولا يعلم مافيه والمنابذة أن ينبذ الرجل الى الرجل ثوبه وينبذ الآخر اليه ثوبه على غير تأمل منهما ويقول كل واحد منهما هذا بهذا فهذا الذى نهى عنه من الملامسة والمنابذة * قال مالك فى الساج المدرج فى جرابه أو الثوب القبطى المدرج فى طيه انه لا يجوز بيعهما حتى ينشرا أو ينظرا الى مافى أجوافهما وذلك أن بيعهما من بيع الغرر وهو من الملامسة * قال مالك وبيع الاعدال على البرنامج مخالف لبيع الساج فى جرابه والثوب فى طيه وما أشبه ذلك فرق بين ذلك الأمر المعمول به ومعرفة ذلك فى صدور الناس وما مضى من عمل الماضين فيه وانه لم يزل من بيوع الناس الجائزة والتجارة بينهم التى لا يرون بها بأسا لأن بيع الاعدال على البرنامج على غير نشر لا يراد به الغرر وليس يشبه الملامسة

من الثمن ما أنكره صاحبه قال عيسى يصدق ويوضع عنه ذلك الا أن يأتى بأمر منكر يعلم به كذبه أن وانه جانى فى البيع فيلزمه غرم ما قصر به عن ثمنها وقال ابن نافع لا يقبل قوله الا ببينة تعرف ما باع به الا يدعى من ذلك شيأ يعرف أهل تلك الصناعة أنها تباع بمثل ذلك فيحلف على ما زعم ويصدق

﴿ الملامسة والمنابذة ﴾

ص ﴿ مالك عن محمد بن يحيى بن حبان وعن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة * قال مالك والملامسة أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره ولا يتبين مافيه أو يبتاعه ليلا ولا يعلم مافيه والمنابذة أن ينبذ الرجل الى الرجل ثوبه وينبذ الآخر اليه ثوبه على غير تأمل منهما ويقول كل واحد منهما هذا بهذا فهذا الذى نهى عنه من الملامسة والمنابذة ﴾ ش نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الملامسة والمنابذة يقتضى فساده وانما سمى بيع ملامسة ومنابذة لانه لاحظ له من النظر والمعرفة لصفاته الا اللمس أو أن يكون بيد صاحبه حتى ينبذه اليه واللمس لا يعرف به المبتاع ما يحتاج الى معرفته من صفات المبيع الذى يختلف ثمنه باختلافها ويتفاوت ومعنى ذلك ان البيع انعقد على هذا الشرط وأما لو أمكنه البائع من تقليبه والنظر اليه ولم يشترط عليه الامتناع من ذلك فاقتنع المبتاع بلمسه فانه لا يكون بيع ملامسة ولا يمنع ذلك صحة العقد وانما يمنعه ما قدمناه والله أعلم وقد قال فى كتاب محمد من باع ثوبا مدرجا فى جرابه فوصفه له وكان على أن ينشره فذلك جائز ينشره قبل البيع أو بعده ص ﴿ قال مالك فى الساج المدرج فى جرابه أو الثوب القبطى المدرج فى طيه انه لا يجوز بيعهما حتى ينشرا أو ينظرا الى مافى أجوافهما وذلك أن بيعهما من بيع الغرر وهو من الملامسة * قال مالك وبيع الأعدال على البرنامج مخالف لبيع الساج فى جرابه والثوب فى طيه وما أشبه ذلك فرق بين ذلك الأمر المعمول به ومعرفة ذلك فى صدور الناس وما مضى من عمل الماضين فيه وأنه لم يزل من بيوع الناس الجائزة والتجارة بينهم التى لا يرون بها بأسا لان بيع الاعدال على البرنامج على غير نشر لا يراد به الغرر وليس يشبه الملامسة ﴾ ش وهذا على ما قال ان الثوب المدرج فى جرابه كالساج وما أشبهه مما يصان بغلاف أو جراب يكون فيه فلا يظهر شئ منه أو الثوب القبطى الذى درج على طيه وان ظهر ظاهره فانه لا يجوز بيعهما بالصفة قاله ابن المواز عن مالك ويخالف ذلك بيع الاعدال على البرنامج بان بيعها على ذلك جائز قال ابن حبيب لكثرة ثياب الاعدال وعظم المؤنة فى فتحها ونشرها ويصح الفرق بينهما من وجهين أحدهما أن يكون الساج المدرج فى جرابه والثوب القبطى المدرج فى طيه يمنع المبتاع من نشرهما ولا يوصفان له بصفتهما وانما يشترى كل واحد منهما على ما هو عليه دون صفة يلزمها البائع وبيع الاعدال على البرنامج انما هو بيعها على ما تضمنه البرنامج من صفتها المستوعبة لما يحتاج الى معرفته من صفاتها التى تختلف الأثمان والأعراض باختلافها فلذلك جاز بيع الاعدال على البرنامج لانه بيع على صفة ولم يجز بيع الساج فى الجراب والقبطى المطوى لانه بيع على غير صفة ولا رؤية (مسئلة) ولو كان على الصفة ومنع الرؤية فقد ذكر ابن سحنون فى رده على الشافعى ان الصفة تنوب عن ذلك واحتج بحديث أبى هريرة فى النهى عن بيع السلع لا ينظرون اليها ولا يخبرون عنها وروى ابن سحنون ان حبيبا سأل أباه عمن ابتاع مائة شاة أو مائتين أيجس جميعها فقال لا بد من ذلك الا أن يجس اثنين أو ثلاثة ثم يقول للبائع ان ما لم أجس مثل ما جسست

فيكون كالبيع على الصفة وهذا يحتمل أن يكون قد رأى جميعها وتواصفا السمن فقط وفى كتاب ابن المواز فيمن باع كم اخفاف أو بز فلا بأس أن ينظر منها الى اثنين أو ثلاثة يريد بعد أن يعلما عددها فهذه غير مرئية على أنه يحتمل أن تكون مسئلة سحنون ومسئلة ابن المواز لم يكن ذلك بشرط وظاهر قول سحنون يقتضى الشرط والا فهو وفاق والله أعلم والوجه الثانى ان الاعدال تلحق المشقة والمؤنة باعادتها الى حالها ولا يكون ذلك فى غالب الحال الا بالأجرة وصانع يتولى ذلك والسائمون يتكررون وليس كل من يسوم وينظر الى المبتاع يشتريه فرب انسان لا يوافقه وآخر يوافقه ولا يبلغ ثمنه الذى يرضى البائع وترك المبتاع دون شد واعادة الى الحال الاولى تغيره وتذهب بجماله وتنقص من ثمنه فان ترك دون أن يعاد الى الشد تغير وان أعيد الى الشد بعد رؤية كل مساوم له وربما تكرر ذلك وطال لحقت بذلك مشقة وعظمت المؤنة والنفقة فلهذه الضرورة جاز أن تقوم الصفة مقام رؤية المبتاع والنظر اليه وليس كذلك الثوب المدرج فى جرابه وان اخراجه منه ونظره اليه ورده فيه ليست فيه مشقة ولما جرت العادة أن يعمل ذلك بأجرة فلا تلحق فيه نفقة وان طال ذلك وتكرر فلم يجز أن ينتقل عن بيعه على الرؤية الى بيعه على الصفة لغير ضرورة لانه ليس فى ذلك غرض غير مجرد الغرر وذلك جائز يمنع صحة العقد وذلك بمنزلة أن يبيع رجل من رجل ثوبا بيده لا مضرة فى نشره وتقليبه على الصفة دون الرؤية لم يجز ذلك لانه لا يجوز الانتقال من الرؤية الى الصفة الا لضرورة والله أعلم

﴿ بيع المرابحة ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فى البز يشتريه الرجل ببلد ثم يقدم به بلدا آخر فيبيعه مرابحة انه لا يحسب فيه أجر السماسرة ولا أجر الطى ولا الشد ولا النفقة ولا كراء البيت فأما كراء البز فى حملانه فانه يحسب فى أصل الثمن ولا يحسب فيه ربح الا أن يعلم البائع من يساومه بذلك كله فان ربحوه على ذلك كله بعد العلم به فلا بأس به * قال مالك فاما القصارة والخياطة والصباغ وما أشبه ذلك فهو بمنزلة البز يحسب فيه الربح كما يحسب فى البز فان باع البز ولم يبين شيأ مما سميت انه لا يحسب له فيه ربح فان فات البز فان الكراء يحسب ولا يحسب عليه ربح فان لم يفت البز فالبيع مفسوخ بينهما الا أن يتراضيا على شئ مما يجوز بينهما ﴾ ش قوله ان من قدم بمتاع فباعه مرابحة لا يحسب فيه أجر السماسرة ولا أجر الطى ولا الشد ولا النفقة ولا كراء بيت يريد بأجر السماسرة من كلفة شراء المتاع وكذلك أجر طيه وشده اعدالا ونفقة التاجر وكراء بيته قال ابن حبيب وكراء ركوبه لا يحسب شئ من ذلك فى ثمن المتاع دون أن يبين وذلك بان يقول قامت على بكذا ولو بين وقال لا أبيع مرابحة الا أن أعدها فى الثمن وآخذ له ربحا لجاز ذلك

(فصل) وأما كراء البز فى حمله فانه يحسب فى أصل الثمن ولا يحسب فيه ربح الا أن يعلم البائع من يساومه بذلك كله يريد ان حمل البز من بلد ابتياعه الى بلد بيعه مما يحسب فى ثمنه ولا يجعل له حصة من الربح فيما باع لربح للعشرة أحد عشر وهذا حكم نفقة الرقيق فى ذلك الا ان يبين ذلك فيكون على ما شرط وذلك جائز

(فصل) وقوله القصارة والخياطة والصباغ وما أشبه ذلك قال فى الواضحة والفتل والكماد والتطرية وقال غيره والطراز فهو بمنزلة البز يحسب له الربح كما يحسب للبز فجعل ذلك على ثلاثة أقسام قسم

﴿ بيع المرابحة ﴾
* حدثنى يحيى قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فى البز يشتريه الرجل ببلد ثم يقدم به بلدا آخر فيبيعه مرابحة انه لا يحسب فيه أجر السماسرة ولا أجر الطى ولا الشد ولا النفقه ولا كراء البيت فأما كراء البز فى حملانه فانه يحسب فى أصل الثمن ولا يحسب فيه ربح الا أن يعلم البائع من يساومه بذلك كله فان ربحوه على ذلك كله بعد العلم به فلا بأس به * قال مالك فأما القصارة والخياطة والصباغ وما أشبه ذلك فهو بمنزلة البز يحسب فيه الربح كما يحسب فى البز فان باع البز ولم يبين شيأ مما سميت انه لا يحسب له فيه ربح فان فات البز فان الكراء يحسب ولا يحسب عليه ربح فان لم يفت البز فالبيع مفسوخ بينهما الا أن يتراضيا على شئ مما يجوز بينهما

لا يحسب فى رأس المال ولا يقسم له من الربح وقسم يحسب فى رأس المال ولا يقسم له من الربح وقسم يحسب فى رأس المال ويقسم له من الربح (فرق) والفرق بينهما أن ما ليس له عين قائمة فهو على ضربين ضرب لا يتخذ بسبب البز غالبا وانما جرت العادة أن يتخذ لغيره ككراء بيت ونفقة المتاع وكراء ركوبه وضرب جرت عادة المبتاع أن يباشره بنفسه ولا يستنيب فيه غالبا بأجرة كأجرة السمسار وهو أن يستأجره على أن يبتاع له المتاع وعلى أن يطويه له ويشده له لأن هذا مما جرت العادة أن يفعله التاجر لنفسه فالعوض عنه داخل فى ربح رأس المال فان استأجره هو من ينوب عنه فى ذلك لم يلزم المبتاع ذلك كما لو باشره بنفسه فأراد أن يحسب فى الثمن أجرته وكذلك نفقته وكراء بيته لأن العادة جارية أن يحزنه التاجر فى بيت سكناه فانما يعامل على المعتاد فلذلك لم يحسب فى شئ من ذلك ثمنه ولا ربحه وأما ما ليس له عين قائمة ولكنه أمر يختص بالمبيع وعادته أن لا يكون ذلك الا بأجرة ككراء حمله ونفقة الرقيق فهذا يحسب فى الثمن ولا حظ له فى الربح لأنه ليس له فى المبيع عين قائمة وأما ماله عين قائمة فى المبيع كالقصارة والخياطة والصبغ والطراز فهذا يحسب فى الثمن وله حظه من الربح لما كانت له عين قائمة كنفس المتاع وقد قال أبو محمد فان كان المتاع مما يعلم أنه لا يشترى الا بواسطة أو سمسار والعادة جارية بذلك فيحسب من رأس المال ولا يحسب له ربح لأنه ليس له عين قائمة قال وأما اكتراء المنازل فان كان اكتراها ليسكن فيها ويأوى اليها فالمتاع تبع ولا يحسب كما لا يحسب النفقة على نفسه وان كان اكتراه ليحرز فيه المتاع ولولا ذلك لم يحتج اليه فانه يحسب بغير ربح والله أعلم

(فصل) وقوله فان باع البز ولم يبين شيأ مما سميت أنه لا يحسب فيه ربح وفات البز فان الكراء يحسب ولا يحسب له ربح وان لم يفت فسخ بيعهما الا ان يتراضيا على شئ يريد انه انما يحمل على ما قاله مع الابهام فان لم يفت فسخ ذلك بينهما لأن المبيع لم يفت والبائع يقول لا أبيع الا بما سميت من الثمن والربح والمبتاع يقول لا أحسب فى رأس المال شيأ لم تجر به العادة ولا أجعل حظا من الربح لما لا حظ له منه فيفسخ ذلك بينهما أو يتفقا على أمر يجوز من أمر يرضى أحدهما بما شاء الآخر أو بغير ذلك ولو رضى البائع بحط ما لا يلزم من الربح والثمن لزم ذلك المبتاع قاله سحنون فى كتاب ابنه (مسئلة) فان فاتت فقد قال مالك يحسب له على ما تقدم ذكره وقال سحنون فى كتاب ابنه على المبتاع القيمة الا أن يكون أكثر من الثمن الاول فلا يزاد أو أقل من الثمن بعد طرح ما ذكرنا فلا ينقص وجه قول مالك ان هذا لم يصرح بالكذب ولا فى لفظه انه اعتمده وانما أبهم لفظه ولذلك حكم فى الشرع برده اليه مع الفوات لأن ذلك حكمه اللازم فذلك أحق به من القيمة واذا لم تفت كان له أن يتبرأ منه لاحتمال لفظه وليس كذلك الزيادة فى الثمن فانه تصريح بالكذب ولم يأت بلفظ له عرف فى الشرع وحكم مختص به فيرد اليه فلذلك رد فى الفوات الى القيمة و وجه القول الثانى ان هذا قد أظهر من الثمن ما لم يثبت له بالعقد فرد الى القيمة كما لو زاد فى الثمن (مسئلة) والزيادة فى البيع على المرابحة على وجهين أحدهما أن تكون زيادة مضافة اليه والثانى أن تكون الزيادة من نمائه فأما الزيادة المضافة فقد تقدم ذكرها وأما الزيادة بالنماء فعلى ضربين زيادة فى العين وزيادة فى القيمة فأما الزيادة فى العين فمثل سمن الحيوان وولادته واثمار الشجر ونبات الصوف على الغنم وحدوث اللبن فى الانعام واستغلال كراء الدور والارضين والرقيق فأما السمن فلم أر فيه نصا لأصحابنا وعندى أنه ان لم تقترن به حوالة أسواق ويمضى من طول الزمان ما لا يخلو من حوالة الاسواق فانه يجوز بيعه

مرابحة ويحتمل على منعه بيع المرابحة لزيادة القيمة ان يمنع أيضا ذلك والله أعلم (مسئلة) وأما الولادة فقد قال ابن سحنون فى الذى يشترى الجارية فتلد عنده فيبيعها مرابحة ولا يبين أن للمبتاع الرد أو التماسك وحجته ان أسواقها قد حالت عند البائع ولم يبين ومعنى ذلك أن بيع المرابحة لا يجوز عند مالك وأصحابه فيما قد حالت أسواقه الا بعد أن يبين ذلك فان بقيت السلعة عند المبتاع حتى حالت أسواقها لم يكن له أن يبيع مرابحة حتى يبين ذلك والامة اذا بقيت عند المبتاع حتى ولدت فقد بقيت مدة حالت فيها أسواقها وذلك يمنع بيع المرابحة وقد قال سحنون فى الذى يبتاع غنما فتلد عنده لا يبيع حتى يبين لان الأسواق الى أن تلد تحول سواء باعها بولدها أو بغير ولدها وقال ابن القاسم فى المدونة ان ولدت الغنم عنده لم يبع مرابحة حتى يبين وان ضم اليها أولادها وهذا فى الغنم الكثيرة يتصور أن يقال لما تتكامل ولادتها حتى تحول أسواقها وأما الشاة الواحدة أو البقرة أو الناقة أو الأمة فان ولادتها قد تكون فى ساعة واحدة ولا تحول فى ذلك أسواقها فيجب على هذا جواز بيعها دون تبيين ان لم ينقص ذلك من ثمنها أو يريد ان الولادة المانعة من ذلك هى ما يكون ابتداء الحمل عنده والله أعلم (مسئلة) وأما إثمار الشجر وكراء الرقيق والدواب فقد قال ابن القاسم فى المدونة من اشترى حوائط واغتلها أعواما أو دواب أو رقيقا أو دورا فاكترى ذلك كله زمانا اذا لم تحل الأسواق فلا بأس أن يبيع مرابحة ولا يبين الا ان يتطاول فيبين لانه لا يكاد أن يطول ذلك الا وتختلف الاسواق فاما اثمار الشجر واستغلالها أعواما فانه يحتمل انه يجوز ذلك فيها بعد الأعوام لان أسواقها لا تتغير الا فى أعوام كثيرة ولا يسرع التغيير اليها فى أنفسها وأما اجارة الدواب والرقيق فيحتمل أن يكون ذلك فى مدة لا تتغير فيها أسواقها غالبا وكذلك اختلاف الانعام (مسئلة) وأما جز أصواف الغنم فان لم يكن عليها صوف حين اشتراها فلا يجوز ذلك لانه لا يكون فيها الصوف الا مدة تتغير فيها الأسواق وان كان عليها صوف حين اشتراها فلا يجوز ذلك أيضا لانه قد قبض بعض ما اشتراه وباع الباقى مرابحة بجميع الثمن فلا يجوز ذلك حتى يبين قاله ابن القاسم فى المدونة (فرع) فان ولدت الاناث فباع ولم يبين فلا يخلو أن يبيعها ويمسك أولادها أو يبيعها مع أولادها فان باعها وأمسك أولادها ولم تفت فللمبتاع أن يحبس أو يرد وليس للبائع أن يعطيه الولد ويلزمه البيع لان البائع باع بعد ان حالت الاسواق ولم يبين قاله سحنون وان كانت الغنم فاتت وكانت أسواقها حالت الى زيادة فلا يزاد فيها ويمضى البيع وان حالت بنقصان قال سحنون هى كمسئلة الكذب وان باعها مع الأولاد وكذلك أيضا للمبتاع الخيار لحوالة الأسواق على أصلهم وان فاتت فعلى حسب ما تقدم وان كانت أمة فباعها دون الولد فالولد فيها عيب فللمبتاع الرد وان حالت الأسواق ونقصت نقصا خفيفا لانها لا تفوت بالرد بالعيب ولو رضيا بذلك أجبرا على جمعهما فى ملك واحد ولو فاتت بعتق فان حط قيمة العيب والا فعلى المبتاع قيمتها معيبة ما لم يجاوز الثمن بعد الغاء قيمة العيب وربحه فلا يزاد أو ينقص عن ذلك فلا ينقص قال الشيخ أبو محمد هذا الذى ذكره ابن سحنون مرجعه الى أن يحط عنه حصة العيب وربحه نحو ما ذكره ابن عبدوس ولا تأثير للقيمة فى هذا ولو باعها مع ولدها فلم يبين له انه حدث عنده فللمبتاع الرد أو الامساك بحوالة الأسواق فان فاتت عند المبتاع بزيادة أو نقصان وكانت أسواقها زادت عند البائع فلا قيمة فيها لان القيمة أكثر من الثمن ولا حجة للمبتاع فى عيب الولد لانه قد علم به وان كانت أسواقها نقصت فعلى ما تقدم وقال الشيخ أبو محمد قوله قد تبين عيب الولد حين باعه مع أمه لا يجزئه فى بيع المرابحة وانما حكمه أن يبين ان عنده ولدت فهو كالزوج اوجها وأخبر بالزوج ولم يبين انه عنده حدث والذى تقدم من أصل ابن عبدوس

أبين ربحا أن ابن عبدوس يقول ان فاتت لزم البائع أن يحط قيمة العيب وربحه * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والوجه الذي أشار اليه الشيخ أبو محمد وجه ظاهر عندي وذلك ان من ابتاع سلعة فحدث عنده عيب ثم باع مرابحة وبين العيب ولم يبين انه حدث عنده فانه من باب الزيادة في الثمن لانه أظهر انه اشترى ما باع من السلعة بعشرة وهو انما اشترى بالعشرة ما باعه من السلعة وما تلف عنده بحدوث العيب فكأنه اشترى سلعتين بعشرة وباع احداهما مرابحة على انه اشتراها بعشرة فعلى هذا اذا فاتت السلعة تكون عليه القيمة الا أن تكون أقل مما يصير لها من الثمن وربحه بعد اسقاط قيمة العيب وربحها فلا ينقص من ذلك أو يكون أكثر مما يصير لها من الثمن وربحه دون الغاء قيمة العيب وربحها والله أعلم

(فصل) وأما زيادة القيمة فهي حوالة الأسواق بالزيادة ففي المدونة عن مالك فمن اشترى سلعة فحالت أسواقها لا يبيع مرابحة حتى يبين وان زادت الأسواق لأن الناس في الطرى أرغب وظاهر المذهب على المنع من ذلك وان زادت أسواقها وانما جاز أن يراعى اختلاف الأسواق من لا يراعى اختلاف العين بالزيادة لانه انما يبيع على شرائه والشراء يختص بحوالة الأسواق دون زيادة العين ونقصها ووجه آخر وهو ان بقاء السلعة مدة طويلة يدل على غلاء شرائها وعلى زهد الناس في عينها فان حالت أسواقها الى زيادة وتعذر بيعها مع ذلك مع تعريضها للبيع فذلك أدل على الزهد في عينها وان المبتاع لها قد غلط في قيمتها واذا اطلع على هذا من حالها لم يجز له أن يكتم عن بائعه اياها مرابحة لانه داخل ابتياعه فيجب له أن يعرف من صفته ما عرفه بعد بائعه والله أعلم (مسئلة) اذا قلنا ان حوالة الأسواق تمنع بيع المرابحة فان حالت في القرب الى نقص فلا يبيع مرابحة حتى يبين وان حالت بزيادة قال ابن حبيب ليس عليه أن يبين وقال ابن القاسم في الزيادة أحب الى أن لا يبيع حتى يبين ولم يفصل بين قرب المدة وطولها وقد أشار الى ذلك بقوله لان الناس أرغب في الطرى وجوز ابن حبيب ذلك في القرب قال ابن حبيب فان طال لبثها عنده فليبين حال سوقها أو لم يحل فجعل المانع طول اللبث أو التغير الى النقص قال فان لم يبين فللمبتاع رد المبيع فان فاتت رد القيمة (مسئلة) وهذا في زيادة العين والقيمة فأما النقص من ذلك فمانع من البيع الا أن يبين وقد قال مالك فمن باع جارية فذهب عنده ضرسها أو أصابها عيب لا يبيع مرابحة حتى يبين فان وقع ذلك فللمبتاع الرد أو الامساك مالم تفت فان فاتت فعلى ما تقدم (مسئلة) فاذا حدث النقص من انتفاع البائع به مثل أن تكون جارية فيفتضها أو ثوبا فيلبسه أو دابة فيسافر عليها فقد قال ابن سحنون وابن عبدوس ان باع الجارية ولم يبين انه افتضها فحطه البائع ما ينوب الافتضاض وربحه فلا حجة له قال ابن عبدوس بخلاف العيوب لان من باع جارية فليس عليه أن يبين انها بكر وانما حجة المبتاع ان البائع زاد في الثمن فهي بالبيع الفاسد أشبه ويفيتها حوالة الأسواق فان فاتت بحوالة الأسواق فالمبتاع مخير بين أن يأخذ من البائع قيمة الافتضاض وربحه وبين أن يسترجع الثمن وعليه قيمتها مفتضة يوم قبضها مالم يزد على الثمن الأول أو ينقص عنه بعد طرح قيمة الافتضاض وربحه قال ابن عبدوس وأصل جوابها لأشهب ومثلها لابن القاسم في المشترى لغنم عليها صوف فجز أصوافها وباع مرابحة ولم يبين واشترى ثوبا فلبسه أو دابة فسافر عليها ولم يبين لان ذلك نقص وليس بعيب ومعنى ذلك ان المبتاع قد رأى الغنم مجزوزة ورأى الثوب ملبوسا والدابة قد عجفت ولم يعلم ان ذلك حدث عند البائع منه واعتقد انه اشتراها على ذلك وانما معنى المسئلة للزيادة عليه في الثمن لان الثمن الذي عرف به كان ثمن ما بيع منه وما ذهب قبل ذلك عند البائع والله أعلم ص * قال مالك

فى الرجل يشترى المتاع بالذهب أو بالورق والصرف يوم اشتراه عشرة دراهم بدينار فيقدم به بلدا فيبيعه مرابحة أو يبيعه حيث اشتراه مرابحة على صرف ذلك اليوم الذى باعه فيه فانه ان كان ابتاعه بدراهم وباعه بدنانير أو ابتاعه بدنانير وباعه بدراهم وكان المتاع لم يفت فالمبتاع بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه فان فات المتاع كان للمشترى بالثمن الذى ابتاعه به البائع ويحسب للبائع الربح على ما اشتراه به على ما ربحه المبتاع ﴾ ش قوله فى الذى يشترى المتاع بالذهب والصرف على قدر ثم يبيعه والصرف على غير ذلك القدر مرابحة هذا السؤال يحتمل وجهين أحدهما أن يشترى بذهب ويبيع بذهب وقد اختلف الصرف فى وقتى البيع والشراء فهذا لا يمنع صحة البيع مرابحة ولا يحتاج الى بيان والثانى ما أجاب عنه وأن يبتاع بذهب فيبيع بورق أو يبتاع بورق فيبيع بذهب وهذه المسئلة التى أجاب عنها فهذا لا يجوز أن يبيع مرابحة حتى يبين سواء تغير الصرف أو لم يتغير لانهما جنسان تختلف الأغراض فيهما فان وقع ذلك فالمبتاع بالخيار بين الأخذ والرد ما لم يفت وليس للبائع أن يلزمه اياه بما نقد فيه لان المبتاع لم يرد الشراء بهذه العين وانما اشترى بغيرها لكنه يثبت له الخيار لما ظهر من ان البائع ابتاع بغير ما أظهر اليه وان فاتت السلعة فقد قال مالك ما ثبت فى الأصل انها للمشترى بالثمن الذى ابتاعها به وقد قال فى كتاب ابن المواز الا أن يجىء أكثر مما رضى به ولم يجعل مالك فى هذا قيمة كما فعل فى مسئلة الزيادة فى الثمن وحوالة الأسواق فى مثل هذا فوت وقال مالك فى المدونة ان فاتت ضرب الربح على ما هو الأفضل للمشترى (مسئلة) ومن اشترى بعين فدفع فى ذلك عرضا أو باع بعرض فدفع عينا فانه يجوز له اذا بين أن يبيع مرابحة على أيهما شاء عند ابن القاسم يبيع على عرض بصفة أو طعام ولا يجوز أن يبيع على قيمة وقال أشهب لا يبيع على عرض ولا طعام موصوف لانه من بيع ما ليس عنده ولا يجوز أن يثبت فى الذمة طعاما معجلا ببيع وجه ما قاله ابن القاسم عندى أنه يحتمل أن يكون العرض الذى ابتاع به البائع مرابحة مثله عند المبتاع فلذلك جاز أن يبيع منه به وقال بعض المغاربة انما جاز ذلك لانه لم يقصد بيع ما ليس عنده ويجرى ذلك مجرى من ابتاع شقصا بمكيل أو موزون فان الشفيع يأخذ بمثله وان لم يكن عنده والأول عندى أظهر لان الشفعة حق ثبت له وله الأخذ به وليس للمشترى الامتناع منه فكان ذلك بمنزلة حق قد لزمه والشفعة حجة على قائل هذا القول لانه ليس بمكيل يأخذ الشفعة بقيمة دون مثله ولا يجوز فى المرابحة أن يبيع على قيمة ثوبه الذى ابتاع به هذه السلعة والله أعلم (مسئلة) وان لم يبين لم يجز البيع على المرابحة وجوز أبو حنيفة ذلك وقال يبيع مرابحة قبل أن ينقد ثم ينقد بعد ذلك والدليل على ما نقوله أن بيع المرابحة انما هو على شراء البائع فاذا نقد على غير ما عقد به فلم يتم بيعه الا بما نقد وقد يكون ذلك أفضل للمشترى فيتوصل البائع الى عينه بما سمى من الثمن فى العقد وقد نقد غيره وقد يكون ما عقد به أفضل وحابى هو فيما نقد فلا يلزم ذلك المشترى لان بيع المرابحة انما يتعلق ببيع المكايسة والاجتهاد دون بيع المحاباة فان وقع من غير بيان فعلى حسب ما تقدم (مسئلة) ولو أحال بالثمن لم يكن له أن يبيع مرابحة الا أن يبين قاله ابن القاسم فان باع فقد قال ابن القاسم فى المدونة فمن ابتاع بأجل فباع مرابحة ولم يبين البيع مردود قال ابن حبيب ان شاء المبتاع وهذا خلاف القول الأول وقد روى ابن المواز ان لم يفت ينقض البيع وليس للمشترى امساكها فان فاتت فعليه قيمتها يوم قبضها بلا ربح وهو نحو ما فى المدونة اذا فاتت وزاد ولا يضرب له الربح وان كانت قيمتها أقل مما باعها به قال ابن سحنون عن أبيه ان فاتت قوم

فى الرجل يشترى المتاع بالذهب أو بالورق والصرف يوم اشتراه عشرة دراهم بدينار فيقدم به بلدا فيبيعه مرابحة أو يبيعه حيث اشتراه مرابحة على صرف ذلك اليوم الذى باعه فيه فانه ان كان ابتاعه بدراهم وباعه بدنانير أو ابتاعه بدنانير وباعه بدراهم وكان المتاع لم يفت فالمبتاع بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه فان فات المتاع كان للمشترى بالثمن الذى ابتاعه به البائع ويحسب للبائع الربح على ما اشتراه به على ما ربحه المبتاع

الدين بالنقد فان كان عشرة دنانير وكانت قيمته ثمانية دنانير فهي كمسئلة الكذب له قيمتها مالم تجاوز عشرة وربحها أو ينقص من ثمانية وربحها ويقتضي قوله هذا أنه موافق لقول ابن حبيب ان للبائع الرضا بالسلعة ان لم تفت وقد تأول قول ابن القاسم بعض شيوخنا المغاربة على ان المراد به اذا فاتت السلعة لانه فسخ القيمة التي وجبت بالنقد في أكثر منها الى أجل وهذا ينحو الى ما قاله ابن حبيب غير ان رواية محمد تمنع هذا الا انه قال ان لم تفت بنقص وليس للمشترى امساكها وقد حمل الشيخ أبو محمد ما في المدونة وكتاب محمد على وجه واحد وكذلك تأوله جماعة من القرويين وقد استوعبنا الكلام على هذه المسئلة في شرح المدونة وقد اختلف المتأخرون من أصحابنا المغاربة في هذه المسئلة فقال بعض القرويين انه سواء أخر بعد الشراء النقد أو اشترى على التأجيل وقال أبو محمد عبد الحق لم يجعلها ابن القاسم كمسئلة الكذب وليس هذا بالبين من قول ابن القاسم والله أعلم (مسئلة) ولو اشترى سلعا فباع بعضها مرابحة فلا يخلو أن تكون غير مكيلة ولا موزونة أو مما يكال أو يوزن فان كانت غير مكيلة أو موزونة كالثياب والحيوان فان كانت معينة لم يجز أن يبيع بعضها مرابحة حتى يبين قاله ابن القاسم في المدونة زاد ابن عبدوس وكذلك الرجلان يشتريان البز فيقتسمانه لا يبيع أحدهما مرابحة حتى يبين ووجه ذلك انه اذا شملهما عقد بيع فلا يختص بعضها بحصة من الثمن الا بعد التقويم والتقويم قد تدخله الزيادة والنقصان فلا يلزم ذلك المشترى حتى يبين له به وقد علل ابن عبدوس عن ابن القاسم بذلك ان من حجة المبتاع ان الجملة يرغب فيها فيزاد في ثمنها ألا ترى انه لو استحق جل صفقة لم يلزمه ما بقى وكان يجب على هذا التعليل أن يكون له ذلك في المكيل والموزون والذي علل به ابن القاسم في المدونة ان الثمن يقسم على الثوبين بالقيمة وهو الذي قدمته وهو أظهر على قوله في المكيل والموزون وليس عليه أن يبين (فرع) فان لم يبين قال ابن عبدوس للمشترى الرد ان شاء مالم تفت فان فاتت فالقيمة يوم القبض مالم يجاوز الثمن الأول (مسئلة) فأما ان كان الثوبان في الذمة على صفة واحدة ففي المدونة عن ابن القاسم ذلك جائز ووجه ذلك انه لا يحتاج فيما يخص كل واحد منهما من الثمن الى تقويم لتساويهما في الصفة قال ابن القاسم ألا ترى انه لو وجد بأحدهما عيب أو استحق رجع بمثله فأشبه المكيل والموزون والمعين لا يرجع بمثله (مسئلة) وان كان مما يكال أو يوزن ففي العتبية في طعام أو غيره ففي المدونة يجوز أن يبيع بعضه مرابحة دون أن يبين ووجهه ما قدمناه من تساوى الثمن في التقسيط مع تساوى أجزائه وقد روى ابن القاسم في الذي يشترى المكيل فيجد باليسير منه عيبا أنه يلزمه أن يرد المبيع ويمسك السليم ان شاء ذلك البائع وان وجد العيب بالأكثر لم يلزمه ذلك لان له غرضا في الكثرة فكان يجب على هذا أن يكون ذلك حكم المكيل والموزون أو يفرق بين مسئلة الرد بالعيب والمرابحة في المكيل والموزون (مسئلة) فان ابتاع سلعة يجوز له فيها درهم زائف فعليه أن يبين ما نقد فيها قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك ما قدمناه من ان نقده معتبر في بيع المرابحة كما يعتبر فيه ما يعقد به واذا لم يبين أحد الأمرين فللمبتاع الخيار في ذلك على حسب ما تقدم (مسئلة) ولو وهب المبتاع بعض الثمن فقد قال مالك في المدونة اذا وهب ما يشبه أن يكون وضيعة من الثمن فحط البائع ذلك عن المبتاع لزم المشترى البيع فان أبى البائع فللمشترى أن يأخذها بجميع الثمن أو يردها ولو كان انما وهبه من الثمن ما لا يشبه أن يوضع عنه لأجل البيع مثل أن يهبه جميع الثمن أو نصفه لم يلزم البائع أن يحط شيأ من ذلك عن المشترى قال ابن القاسم فعلى هذا يبيع مرابحة ولا يبين والله أعلم (فرع) فاذا قلنا ان البائع مرابحة يحط

ماحط على وجه الوضيعة فقد قال سحنون يحطه ذلك دون ماله من الربح وقال أصبغ بل يحطه اياه بما يقابله من الربح وجه قول سحنون ان البائع مرابحة انما يسقط عنه من الثمن قدرا ما فان حط عن المبتاع منه ذلك القدر لزمه البيع وما يقابل ذلك من الربح فلم يتعلق به هبة فلا يلزمه اسقاطه ووجه قول أصبغ ان ما يقابل الهبة من الربح انما يثبت له لأجل ما وضع عن المبتاع للهبة فيجب أن يحط عن المشترى اذا حطت عنه الهبة كما ثبت عليه بثبوت ما تعلقت به الهبة ص ﴿ قال مالك واذا باع رجل سلعة قامت عليه بمائة دينار للعشرة أحد عشر دينارا ثم جاءه بعد ذلك انها قامت عليه بتسعين دينارا وقد فاتت السلعة خير البائع فان أحب فله قيمة سلعته يوم قبضت منه الا أن تكون القيمة أكثر من الثمن الذى وجب له بالبيع أول يوم فلا يكون له أكثر من ذلك وذلك مائة دينار وعشرة دنانير وان أحب ضرب له الربح على التسعين الا أن يكون الذى بلغت سلعته من الثمن أقل من القيمة فيخير فى الذى بلغت سلعته وفى رأس ماله وربحه وذلك تسعة وتسعون دينارا ﴾ ش وقوله وان باع رجل سلعة قامت عليه بمائة دينار يريد قامت عليه بابتياع مكايسة واجتهاد لان بيع المرابحة مخصوص بما ملكه البائع بذلك دون ما ملكه بميراث أو هبة أو صدقة فان ملكه بشئ من ذلك لم ينبغ له أن يبيع مرابحة وكذلك ان اشتراها رجاء فى ذلك لم يجز له أن يبيع مرابحة حتى يبين وقد قال ابن القاسم فى المدونة من اشترى جارية بعشرين فباعها بثلاثين فأقال منها المشترى لم يجز له أن يبيع مرابحة الا على العشرين لانه لم يتم البيع بينهما وقال مالك فى العتبية وان أقالك من سلعته فلا يبيع مرابحة على ثمن الاقالة حتى تبين فتفسيرا بن القاسم على احدى الروايتين فى الاقالة انها نقض بيع وأما على قولنا انها بيع مبتدأ فلا يجوز أيضا أن يبيع مرابحة لان الاقالة من عقود المكارمة والمسامحة فلا يجوز أن يباع مرابحة ما ملك على هذا الوجه لما قدمنا من أن بيع المرابحة مخصوص بما ملك على وجه الاجتهاد والمكايسة (مسئلة) ولو باع رجل من رجل سلعة بربح درهم ثم اشتراها منه بربح درهمين جاز أن يبيع مرابحة ولا يبين قاله ابن القاسم فى العتبية وهذا بخلاف الاقالة لان ابتياعه للسلعة بربح من عقود المكايسة وهذا منها ولا يمتنع أن يبيعها بربح ثم يرى ان اشتراها بأكثر من ذلك الثمن وجه ربح لحوالة الأسواق أو لزيادة فى عينها أو لغير ذلك ومن الواضحة اذا أقاله بزيادة أو نقصان أو اشتراها بربح فلا يبيع مرابحة على الثمن الآخر حتى يبين قاله مالك (مسئلة) ومن أبضع فى سلعة اشتريت له ففى العتبية عن مالك له أن يبيع ولا يبين قال سحنون يلزمه أن يبين وجه قول مالك ان رضاه بما اشترى له حين رآه لا يخلو أن يكون لما رأى فى ذلك من الغبطة وانه لا غبن عليه فيها أو رأى الغبن فيها ورضيها للغرض له فيها فان رأى أنه لا غبن عليه فيها ورضيها فهو كشرائه لها لا يبيع حتى يبين لما فى ذلك من المحاباة لانه قد كان له أن يردها على من تولى شراءها وجه قول سحنون ما احتج به من أن للمشترى أن يقول انما رضيت باجتهادك وميزك فلا أرضى بما تناول غيرك شراءه

(فصل) وقوله فى الذى يبيع سلعة مرابحة قامت عليه بمائة للعشرة أحد عشر ثم جاء بعد ذلك انها قامت عليه بتسعين يحتمل أن يريد بذلك ان البائع غلط وظن انها قامت عليه بمائة فباع بذلك ثم جاءه العلم بأنه قامت عليه بتسعين ويحتمل أن يريد بذلك ان البائع قال قامت عليه بمائة ثم جاء المبتاع العلم بأنها قامت عليه بتسعين ولا يخلو أن يكون هذا الخبر ورد قبل أن تفوت السلعة أو بعد أن فاتت فان كان ذلك قبل أن تفوت فللمبتاع أن يأخذها بجميع الثمن فيلزم ذلك البائع أو يردها فيلزم ذلك البائع وليس للمبتاع أن يقول آخذها بتسعين وربحها الا أن يرضى البائع قاله ابن القاسم فى المدونة

قال مالك واذا باع رجل سلعة قامت عليه بمائة دينار للعشرة أحد عشر ثم جاءه بعد ذلك انها قامت عليه بتسعين دينارا وقد فاتت السلعة خير البائع فان أحب فله قيمة سلعته يوم قبضت منه الا أن تكون القيمة أكثر من الثمن الذى وجب له به البيع أول يوم فلا يكون له أكثر من ذلك وذلك مائة دينار وعشرة دنانير وان أحب ضرب له الربح على التسعين الا أن يكون الذى بلغت سلعته من الثمن أقل من القيمة فيخير فى الذى بلغت سلعته وفى رأس ماله وربحه وذلك تسعة وتسعون دينارا

واحتج لذلك بأنه ليس للمبتاع أن يأخذها بالثمن الصحيح وربحه وهي لم تبلغ منه بذلك وللبائع أن يلزم ذلك المبتاع بالتسعين وربحها فيلزمه ذلك (فرع) وأيهما يبدأ بالتخيير قال سحنون ان لم تفت بدئ المبتاع بالخيار بين أن يرد أو يحبس بجميع الثمن فان رد خير البائع بين أن يرد أو يحط الكذب وربحه فيتم البيع قال ابن عبدوس والفرق بين هذا وبين العيب يجده المبتاع فيحط عنه قيمته البائع ان ذلك لا يلزم المبتاع ان العيب قائم بعد الحطيطة ولا يبقى بعد حطيطة الكذب شئ يكرهها المبتاع من السلعة ويصير كالعيب يذهب

(فصل) وقوله فان فاتت السلعة خير البائع فان أحب فله قيمة سلعته يوم قبضها منه وقد روى على بن زياد عن مالك في المدونة قيمتها يوم باعها قال ابن القاسم يوم قبضها المبتاع فعلى هذا يحتمل أن يكون ابن القاسم راعى القيمة يوم القبض يؤيد ذلك انه روى عن مالك انه يشبه البيع الفاسد وعلى رواية على بن زياد القيمة يوم العقد انه عقد صحيح وقد قال بعض الفقهاء انما حمل ذلك ابن القاسم على أن يوم القبض هو يوم العقد وقد قال ذلك في غير مسئلة فعلى هذا لا خلاف بين القولين في المسئلتين وتأويلهما وقد روى عن الشيخ أبي عمران رضي الله عنه ان ضمان السلعة قبل القبض من البائع وروى عنه من المبتاع وهو يرجح بين المقالتين وتأويلهما والله أعلم * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي تبين عندي ان هذا اللفظ غير مراعى وان يوم القبض هو يوم العقد قول مالك في الموطأ في مسئلة على بن زياد فمن اطلع على سلعة باعها مرابحة على زيادة في ثمنها قيمتها يوم قبضت بمثل قول ابن القاسم واذا قلنا بذلك فوجه واضح واذا قلنا ان ذلك على روايتين فوجه قول ابن القاسم انه بيع يفوت بحوالة الأسواق فاعتبرت فيه القيمة يوم القبض كالبيع الفاسد ووجه رواية على بن زياد انه عقد عرا عن الفساد فاعتبر فيه القيمة بيوم العقد كسائر البيوع الصحيحة في الاستحقاق والرد بالعيب والله أعلم (مسئلة) وبماذا تفوت السلعة اتفق أصحابنا على أنها تفوت بالزيادة والنقصان وزاد ابن القاسم طرد مذهبه في تشبيه ذلك بالبيع الفاسد أنها تفوت بحوالة الاسواق والله أعلم وأما رواية على بن زياد فظاهرها أنها من البيوع الصحيحة فلا تفوت بحوالة الأسواق وقد تأول عليه ذلك لما روى في المدونة عن مالك ان فاتت السلعة بنماء أو نقصان خير البائع ولم يذكر حوالة الأسواق وهذا التأويل ليس بالبين لانه قد روى عن مالك ما سمع منه وليس فيه نفي بغير ذلك الا عند من قال بدليل الخطاب في الأسماء وهو ضعيف وفي المدونة من قول ابن القاسم ان فوات السلعة في قول مالك ان ابتاع أو تذهب من يده أو يزيد في بدنها أو تنقص قيل له فان تغيرت الأسواق قال هو فوات أيضا فنص أولا على تغير العين وفواتها ولم يذكر حوالة الأسواق فلما سئل عن ذلك ألحقه بما تقدم ص ﴿ قال مالك وان باع رجل سلعة مرابحة فقال قامت على بمائة دينار ثم جاءه بعد ذلك أنها قامت بمائة وعشرين دينارا خير المبتاع فان شاء أعطى البائع قيمة السلعة يوم قبضها وان شاء أعطى الثمن الذى ابتاع به على حساب ما ربحه بالغا ما بلغ الا أن يكون ذلك أقل من الثمن الذى ابتاع به السلعة فليس له أن ينقص رب السلعة من الثمن الذى ابتاعها به لانه قد كان رضى بذلك وانما جاء رب السلعة يطلب الفضل فليس للمبتاع في هذا حجة على البائع بأن يضع من الثمن الذى ابتاع به على البرنامج ﴾ ش قوله ومن باع من رجل سلعة مرابحة على أنها قامت عليه بمائة ثم جاءه العلم أنها قامت عليه بمائة وعشرين فان كانت لم تفت روى على بن زياد عن مالك في المدونة ان المشترى رد الجارية أو يضرب له الربح على عشرين ومائة ووجه ذلك ان البائع قد تبين غلطه فلا يلزمه ذلك مع وجود

* قال مالك وان باع رجل سلعة مرابحة فقال قامت على بمائة دينار ثم جاءه بعد ذلك انها قامت بمائة وعشرين دينارا خير المبتاع فان شاء أعطى البائع قيمة السلعة يوم قبضها وان شاء أعطى الثمن الذى ابتاع به على حساب ما ربحه بالغا ما بلغ الا أن يكون ذلك أقل من الثمن الذى ابتاع به السلعة فليس له أن ينقص رب السلعة من الثمن الذى ابتاعها به لأنه قد كان رضى بذلك وانما جاء رب السلعة يطلب الفضل فليس للمبتاع في هذا حجة على البائع بأن يضع من الثمن الذى ابتاع به على البرنامج

سلعته قائمة ولا يلزم المبتاع ما ظهر من الثمن الذي لم يرض به فكان له الخيار في ذلك (مسئلة) فان فاتت فقد قال في الموطأ أن شاء أعطى البائع قيمة السلعة يوم قبضها وان شاء أعطى الثمن الذي ابتاع به يريد المائة وعشرين على حساب ما ربحه بالغا ما بلغ الا أن يكون ذلك أقل من الثمن الذي ابتاع به يريد الا أن تكون القيمة أقل من الثمن الاول وهو المائة فليس له أن ينقص رب السلعة من الثمن الذي ابتاعها به أي بلفظ التخيير وليس هناك تخيير وانما هو على سبيل المجاز الا أن يكون بمعنى الندب للمبتاع أن يبلغ البائع الثمن الذي ظهر وربحه ولا ينقصه منه شيأ وان كانت قيمة السلعة أقل من ذلك ومعنى لفظ المدونة في رواية على بن زياد أن للمشترى أن يعطى البائع القيمة الا أن تكون أقل من الثمن الذي اشتراها به وهي عشرة ومائة فلا ينقص منه أو يكون أكثر من ضرب الربح على رأس المال وهو مائة وعشرون فلا يزاد عليه ووجه ذلك ان السلعة لما فاتت ولم يتقدم فيها عقد سالم يلزم بمجرده دون الفوات كان بدل تلك السلعة قيمتها كالبيع الفاسد فان قصرت القيمة عن الثمن الأول أو ربحه فلا ينقص منه لان المبتاع قد كان رضي به دون أن يظهر ما ظهر من زيادة الثمن فلا حجة له وان كانت القيمة أكثر من الثمن الذي ظهر وربحه فلا حجة للبائع لانه قد كان رضي أن يبيعه بأقل من هذا وهو يعتقد أن ذلك ثمنه فان أعطى الثمن الذي ظهر وربحه فلا حجة له فان المشترى يقول لم أكن أريد أن أشترى هذه السلعة بقيمتها والله أعلم ومن اشترى ثوبا بعشرة فغلط البائع فدفع اليه ثوبا بخمسة عشر فلبسه حتى أبلاه ففي الموازية والعتبية أشهب عن مالك ان قطعه المبتاع فهو له بثوبه وقال ابن ميسر لربه أخذه مقطوعا دون غرم شئ وكذلك ان دفعه اليه رسوله ووجه ذلك ما قاله في العتبية ان للمبتاع أن يقول أردت ثوبا بعشرة ولم أرد ثوبا بخمسة عشر فيحتمل أن تكون مسئلة المرابحة ومسئلة العتبية مسئلة واحدة فيهما روايتان ويحتمل أن يفرق بينهما بأن رواية على انما هي في مسئلة المرابحة ورواية أشهب في مسئلة مساومة (فرق) والفرق بينهما أن بيع المرابحة انما باعه على أن يربح في كل عشرة دينارا فاذا فات عنده الثوب بلبس أو قطع لم يجز أن يرجع على ذلك الا الى القيمة ما لم ينقص عن الثمن الاول وربحه فلا ينقص منه لان المشترى قد رضي بذلك أو يزيد على الثمن الذي ظهر آخرا وربحه فلا يزاد عليه لان هذا أقصى مطلب البائع وليس كذلك الذي باع مساومة فانه لم يدخل على اشتراط ربح ولا نجاة عن خسارة وهذا كما تقول في الرجل يشترى نصف العبد بمائة ويشترى رجل آخر نصفه الآخر بمائتين ويبيعانه مرابحة فان لصاحب المائة ثلث الثمن ولصاحب المائتين ثلثي الثمن ولو باعا مساومة لكان الثمن بينهما نصفين (فرع) فاذا قلنا برواية على بن زياد فبماذا يثبت ما ادعاه البائع قال ابن ميسر لا يصدق الا أن يعلم ذلك بقوم حضروا شراءه وأمر يستدل عليه والثوب حاضر * قال القاضي أبو الوليد ومعناه عندي أن يرى من حال الثوب ما يدل على صدقه وانه يشبه من الثمن ما دفعه عليه والله تعالى أعلم

﴿ البيع على البرنامج ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر عندنا في القوم يشترون السلعة البز أو الرقيق فيسمع به الرجل فيقول لرجل منهم البز الذي اشتريت من فلان قد بلغتني صفته وأمره فهل لك أن أربحك في نصيبك كذا وكذا فيقول نعم فيربحه ويكون شريكا للقوم مكانه فاذا نظر اليه رآه قبيحا واستغلاه * قال مالك ذلك لازم له ولا خيار له فيه اذا كان ابتاعه على برنامج معلوم وصفة معلومة ﴾ ش قوله في أول المسئلة في

﴿ البيع على البرنامج ﴾
* قال مالك الأمر عندنا في القوم يشترون السلعة البز أو الرقيق فيسمع به الرجل فيقول لرجل منهم البز الذي اشتريت من فلان قد بلغتني صفته وأمره فهل لك أن أربحك في نصيبك كذا وكذا فيقول نعم فيربحه ويكون شريكا للقوم مكانه فاذا نظر اليه رآه قبيحا واستغلاه * قال مالك ذلك لازم له ولا خيار له فيه اذا كان ابتاعه على برنامج معلوم وصفة معلومة

القوم يشترون البز والرقيق فيبيعه على البرنامج يريد والله أعلم ان الرقيق غيب غيبة بعيدة يشق على المبتاع غالبا التوجه اليهم ولو كانوا حاضرين لم يجز ذلك لان النظر اليهم ممكن لا مشقة فيه فلا ينوب عنها الوصف وانما ينوب عنها اذا كان يمنع من النظر اليها مانع من بعد مسافة أو تغير طي وشد يلحق فيه مؤنة ونفقة ويؤدي ذلك الى تغيير نضارة الثوب وهيئته التي تزيد في ثمنه وقد روى ابن المواز عن مالك لا خير في أن يبيع جارية عنده في الدار حاضرة على الصفة قال محمد لأنه يقدر على النظر اليها ووجه ذلك أنه اذا لم تمكن في النظر اليها مضرة وشرط تارك ذلك فهو من بيع المنابذة الذي نهى عنه ومن بيع الغرر الذي لا يجوز اذا قصده البائعان أو أحدهما والله أعلم (مسئلة) فأما الثياب فيجوز ذلك فيها على وجهين أحدهما أن تكون غائبة والثاني أن تكون حاضرة مشدودة في اعدالها بحيث يشق حلها ويحتاج الى مؤنة في ردها الى شدادها مع ما يلحقها في الحل والشد وتكرار ذلك على كل مشتر يريد رؤيتها من الابتذال لها والاذهاب لكثير من حسنها ولا بد في الوجهين جميعا من تقدم رؤية أو صفة وروى جواز ذلك عن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف وقد منع من ذلك الشافعي في أحد قوليه وقال لا يجوز بيع عين غير مرئية وروى ذلك عن ابن عباس وابن عمر والدليل على ما نقوله ان هذا بيع على الصفة فجاز في العين الغائبة أصله السلم المضمون في الذمة (مسئلة) اذا ثبت ما قلناه من انه يجوز بيع الاعيان الغائبة على الصفة فان البيع لازم وليس لهم رده وان استغلوه اذا قصوا المتاع ما وجدوه على تلك الصفة خلافا لأبي حنيفة في قوله للمبتاع الخيار وان وجد المتاع على تلك الصفة والدليل على ما نقوله ان هذا بيع على صفة فوجب أن يكون لازما أصل ذلك السلم

(فصل) وقوله ان المتاع الذي اشتريته من فلان قد بلغني صفته وأمره فهل لك أن أربحك لفظ فيه اختصار ولا بد أن يتصل به أن يذكر له تلك الصفة وأما ان اقتصر على هذا القول لم يصح لأن للمبتاع أن يدعي من الصفة اذا نظر الى المتاع ما شاء ولم يقع بينهما بيع على صفة معينة فلم يجز ذلك

(فصل) وقوله ويكون شريكا للقوم مكانه يعني انهم كانوا جماعة شركاء اشتركوا في ذلك المتاع فباع منهم أحدهم حصته فصار المبتاع شريكا لسائر الشركاء بحصة من باع منه ويكون هذا حكمه بنفس العقد قبل فتح المتاع

(فصل) وقوله فاذا نظروا اليه فرأوه قبيحا واستغلوه ان ذلك لازم لهم دون خيار يريد انهم رأوه مع موافقة البرنامج من أقبح ما تقع عليه تلك الصفات التي تضمنها البرنامج وذلك انه على هذا دخل أن يلزمه كل ما وجدت فيه تلك الصفات فان الصفات قد تتفق ويكون بعضها أمثل من بعض ومثل هذا يعتري المرئي فقد يرى المتاع فيحسن عنده ثم يراه مرة أخرى فيقبح عنده ولا يثبت ذلك للمبتاع خيارا والله أعلم ص ﴿ قال مالك في الرجل يقدم له أصناف من البز ويحضره السوام ويقرأ عليهم برنامجه ويقول في كل عدل كذا وكذا ملحفة بصرية وكذا وكذا ريطة سابرية ذرعها كذا وكذا ويسمي لهم أصنافا من البز بأجناسه ويقول اشتروا مني على هذه الصفة فيشترون الاعدال على ما وصف لهم ثم يفتحونها فيستغلونها ويندمون * قال مالك ذلك لازم لهم اذا كان موافقا للبرنامج الذي باعهم عليه * قال مالك وهذا الامر الذي لم يزل عليه الناس عندنا يجيزونه بينهم اذا كان المتاع موافقا للبرنامج ولم يكن مخالفا له ﴾ ش وهذا على ما قال ان من قدم بأصناف من البز فيقرأ برنامجه على السوام ويذكر عددما في كل عدل من ثيابه وأجناسها وذرعها قال القاضي أبو

* قال مالك في الرجل يقدم له أصناف من البز ويحضره السوام ويقرأ عليهم برنامجه ويقول في كل عدل كذا وكذا ملحفة بصرية وكذا وكذا ريطة سابرية ذرعها كذا وكذا ويسمي لهم أصنافا من البز بأجناسه ويقول اشتروا مني على هذه الصفة فيشترون الاعدال على ما وصف لهم ثم يفتحونها فيستغلونها ويندمون * قال مالك ذلك لازم لهم اذا كان موافقا للبرنامج الذي باعهم عليه * قال مالك وهذا الأمر الذي لم يزل عليه الناس عندنا يجيزونه بينهم اذا كان المتاع موافقا للبرنامج ولم يكن مخالفا له

محمد ونوعها وثمنها * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي أنه يجب عليه أن يذكر مع الثمن ما يجب أن يذكره من الصفات في السلم فان وافق المتاع تلك الصفات لزم المبتاع وقال القاضي أبو محمد في بيع الاعيان الغائبة ان الذي يحتاج اليه من ذكر الصفات كل صفة مقصودة تختلف الاغراض باختلافها وتتفاوت الاثمان لأجلها وتقل الرغبة في العين وتكثر بحسب عدمها ووجودها وهو نحو ما قدمناه

(فصل) وقوله ويقول اشتر ومني على هذه الصفة يريد والله أعلم على وجه المرابحة فأما ان باعه منهم على غير المرابحة ففي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك لا أحب ذلك وهذا تدخله الخديعة

﴿ بيع الخيار ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا الا بيع الخيار * قال مالك وليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه * مالك أنه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يحدث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما بيعين تبايعا فالقول ما قال البائع أو يترادان ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا اختلف العلماء في تأويله فذهب مالك الى أن المتبايعين هما المتساومان لأن المتبايعين انما يوصفان بذلك حقيقة حين مباشرة البيع ومحاولته ولذلك روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يبع بعضكم على بيع بعض يريد والله أعلم لا يسم على سومه فعلى هذا يكونان بالخيار ما لم يفترقا بالقول ومعنى تفرقهما على هذا كمال البيع باتمام الايجاب والقبول ويكون معناه ان تفرقهما قد حصل بان استبد المبتاع بما ابتاعه والبائع بثمنه وقد يكون التفرق بالانحياز الى المعاني والتباين فيها قال الله تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة يريد والله أعلم تفرقهم في الاديان ومباينة بعضهم لبعض فيها فعلى هذا يكون معنى الحديث المتساومين لهما الخيار ما لم يكملا البيع قال بهذا أبو حنيفة والنخعي وربيعة بن أبي عبد الرحمن وذهب ابن حبيب الى أن المتبايعين هما من قد وجد منهما التبايع وانقضى بينهما باتمام الايجاب والقبول وانهما قبل ذلك لا يوصفان بانهما متبايعان وانما يوصفان بانهما متساومان ومعنى ما لم يفترقا بالابدان فيكون معنى الحديث على ذلك انهما بالخيار بعد وجود الايجاب والقبول ما داما في المجلس حتى يفترقا بان يزول أحدهما عن الآخر ويفارقه بذاته وبهذا قال الشافعي وهو مذهب عبد الله بن عمر وسعيد بن المسيب والحسن البصري والدليل على ما نقوله أن هذا عقد معاوضة فلم يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يفترقا الا بيع الخيار يقتضي والله أعلم على تأويل مالك وأصحابه الا أن يشترط أحدهما الخيار على صاحبه مدة مقررة يثبت مثلها في المبيع ولا يقدر الخيار بمدة فيقضي فيها بالواجب فيكون الاستثناء على هذا مما يقتضيه قوله انهما بالخيار ما لم يفترقا فانه لا خيار بينهما بعد التفرق الا في بيع الخيار فكأنه قال حكم البيوع اللزوم بمجرد العقد الا البيع الذي يشترط فيه الخيار فيثبت فيه الخيار على حسب ما شرط وبمعناه على تأويل ابن حبيب ان كل واحد منهما بالخيار ما داما في المجلس الا بيع الخيار وذلك أن يقول أحدهما لصاحبه اختر الامضاء أو الرد فيختار فينقطع بذلك الخيار ويكون معنى ذلك ان عقد البيع على

﴿ بيع الخيار ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا الا بيع الخيار * قال مالك وليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه * وحدثني مالك أنه بلغه أن عبد الله ابن مسعود كان يحدث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما بيعين تبايعا فالقول ما قال البائع أو يترادان

الخيار الا أن يوقف على قطع الخيار بعده واللفظ في الاول أظهر من وجهين أحدهما ان بيع الخيار اذا أطلق في الشرع فانه يفهم منه اثبات الخيار فيه لا قطعه والثاني أنه اذا قال له بعد كمال العقد أجز أو رد لا يجب أن يوصف بذلك البيع بانه بيع خيار لان قطع الخيار انما يطرأ بعد كمال العقد وعلى تأويل مالك يوصف بيعهما بانه بيع خيار لانه مشترط فيه ومنعقد على حكمه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان مدة الخيار ثابتة في الشرط وهي مختلفة باختلاف المبيع ولا يقصر على ثلاثة أيام خلافا لأبي حنيفة والشافعي والدليل على مانقوله ان هذا خيار يستحق به الرد فلم يقصر على ثلاثة أيام كخيار الرد بالعيب (فرع) اذا ثبت ذلك فالخيار بالبيع بقدر ما يحتاج اليه من مدة النظر اليه والاختبار له والسؤال عنه مع تسرع استحالة المبيع وابطاء ذلك فيه ففي المدونة هو في الدار الشهر ونحوه وفي الواضحة عن ابن الماجشون الشهر والشهران ووجهه انه يحتاج من النظر الى حيطانها وأسسها ومرافقها واختبار جيرانها ومكانها الى ما يحتاج فيه الى المهلة مع كونها مأمونة لا تسرع اليها الاستحالة (فرع) وأما الرقيق فعن مالك في المدونة الخمسة الأيام والجمعة وما أشبه ذلك وقال ابن المواز الأربعة أيام والخمسة ولا أفسخه في عشرة أيام وأفسخه في الشهر وأجاز ابن القاسم في العبد عشرة أيام وروى ابن وهب ان مالكا أجازه في الشهر وأباه ابن القاسم وأشهب وجه اجازته في الشهر ان الرقيق ذو ميز ورنا بما ستر ما فيه من الاخلاق والعيوب التي تزهد فيه ويستعمل ما يرغب فيه مدة فيجب أن يسرع فيه من مدة الشرط ما لا يكاد أن يستتر فيه أمره غالبا وان رام ستره ووجه قول ابن المواز انه يحتاج فيه الى الاختبار المدة الا ان التغير يسرع اليه فمنع ذلك طويل المدة والشهر مدة يتغير فيها غالبا (فرع) وأما الدابة ففي المدونة يركب اليوم وما أشبهه ولا بأس أن يشترط السير عليها البريد والبريدين ما لم يتباعد ذلك والفرق بينها وبين الرقيق انها لا تميز فتكتم أخلاقها وأحوالها في مثل هذه المدة يختبر حسن أخلاقها وسيرها ويحتمل أن يريد ركوب الدابة اليوم في المدينة على حسب ما يركب الناس في تصرفاتهم وسير البريد والبريدين لمن خرج من المدينة ليختبر بذلك تفاسيرها وصبرها في حالها * قال القاضي أبو الوليد ويحتمل عندي أن تضاف الى ذلك الليلة ليختبر أكلها وحالها في وقوفها ووضع آلتها عليها ونزعها عنها ولا يشترط من ذلك أكثر مما يحتاج اليه فانما يسرع التغير اليها وقال أبو محمد عبد الحق انه يشترط الخيار في الدابة اليوم والثلاثة كالثوب من غير ركوب وانما شرطه في المدونة اليوم للركوب والله أعلم (فرع) وأما الثوب ففي الواضحة يشترط فيه اليومان والثلاثة ووجه ذلك انه يسئل عنه أهل المعرفة به ولم يضيق عليه في ذلك لانه يسرع اليه التغير ولا يشترط لباس الثوب وان شرط استخدام الرقيق وركوب الدابة لان اختبار الرقيق انما يكون بالاستخدام والتصرف واختبار الدابة بالركوب وأما الثوب فلا يختبر باللباس الا أن يشترط منه قدر ما يعرف به طوله أو قصره (فرع) وأما الفاكهة كالبطيخ والقثاء والتفاح والرمان والخوخ فقد قال ابن القاسم في المدونة ان كان الناس يستشيرون في مثل هذا ففيه من الخيار بقدر الحاجة وهذا فيما يعرف بعينه كالثوب والدابة والدار والعبد فاما ما يعرف بعينه كالمكيل والموزون والمعدود فان اشترط فيه خيار فلا يغيب المشتري على شئ منه قاله ابن القاسم وأشهب لانه قد يغيب عليه فيرد غيره مكانه قال أشهب لانه يصير تارة سلفا ان رده وتارة بيعا ان أبى رده (فرع) وأما الخيار في السلم فقد قال مالك يجوز فيه اليوم واليومان والثلاثة ووجه ذلك انه لمعنى السؤال والمشورة مع ان المعقود عليه لا يلحقه بذلك تغير فصار كالثوب وانما يمنع من كثيره لما في ذلك من مشابهة الكالئ بالكالئ وذلك

مما يعفى عن يسيره دون كثيره (مسئلة) اذا شرط الخيار ولم يقرر المدة لم يبطل البيع وحكم فى ذلك بمقدار ما تختبر به تلك السلعة فى غالب العادة وقال أبو حنيفة والشافعى يبطل العقد والدليل على ما نقوله ان هذا الخيار له قدر فى الشرع وذلك قدر الحاجة اليه فى كل نوع من المبيع فاذا أخلا بذكره فقد دخلا على المعروف ألا ترى انهما لو زادا عليه لفسد العقد به ولم يثبت لهما ما زاداه (مسئلة) اذا شرطا من مدة الخيار ما لا يجوز فقد قال سحنون فمن اشترى دارا بالخيار ثلاث سنين أو أربع سنين أو أجل لما يجوز له الخيار ترد الى صاحبها ولا تفوت بالبناء والغرس فى مدة الخيار ان كان الخيار للبائع فان تباعد أجل الخيار المشترط يريد والله أعلم انقضى ومضى بعد مدة طويلة فالبناء فوت وعليه قيمتها يوم خروج وقت الخيار وروى ذلك العتبى عن سحنون وانما معنى ذلك أن بناء المبتاع فى مدة الخيار والخيار لغيره لا يبطل حكم الخيار فيكون بمنزلة من بنى فى ملك غيره ولو كان الخيار له فبنى لعد ذلك منه امضاء البيع فيكون بمنزلة من بنى بعد انقضاء مدة الخيار وذلك فوت وقد روى سحنون عن ابن القاسم فيمن ابتاع حيوانا أو غيره على انه بالخيار أربعة أشهر فقبض المبيع فان مصيبته من البائع اذ لم يتم فيها بيع يريد والله أعلم انها تلفت فى مدة الخيار وروى ابن سحنون عن أبيه فيمن اشترى سلعة وشرط فيها الخيار سنة أو سنتين ان البيع فاسد وضمانها من المشترى من يوم قبضها وقال الشيخ أبو محمد ورواية العتبى عنه أحسن والله أعلم وجه رواية العتبى انه لم يقبض السلعة فى مدة الخيار على وجه التمليك فلم يكن نماؤها ونقصانها له فلا تفوت بذلك عنده ولا يضمن ضياعها لانه لم يقبضها بذلك فاذا اخرجت عن أيام الخيار فقد بقيت عنده على وجه التمليك فتفوت بما يحدث بعد ذلك من زيادة أو نقص ويكون ضمانها منه ووجه القول الثانى ما احتج به من انه قبضها بالبيع الفاسد وذلك مثل ما قال أصحابنا فيمن باع سلعة على انه متى رد الثمن فهو أحق بسلعته وان رده الى خمس سنين أو أكثر مما لا يجوز الخيار اليه انه بيع فاسد والمشترى ضامن من يوم القبض وفرق بينه وبين المشترى بالخيار الى ما يجوز فيه الخيار ويشترط النقد فقال فى هذا ضمانها من البائع وان قبضها المشترى الا أن يقبضها بعد أجل الخيار لان الخيار ههنا صحيح لم يفسد به العقد (فرع) وما حدث بالمبيع من نماء فى أمد الخيار فلا يخلو أن يكون من جنسه أو من غير جنسه فان كان من جنسه كالولد فقد قال ابن القاسم الولد فى مدة الخيار للمشترى وقال أشهب هو للبائع وجه قول ابن القاسم انه نماء من جنس العين فكان حكمه حكمها كالسمن ووجه قول أشهب انه نماء منفصل كالمال يوهب للعبد فى مدة الخيار فانه للبائع قال أشهب ان اختار المشترى البيع واتفقا على جمعهما فى ملك والا نقض البيع ومن اشترى عشر جوار من مائة يختارهن فلم يختر حتى وضعن قال ابن القاسم هذا لا يكون له الخيار فى أخذ الأمهات ويفسخ البيع من أجل التفرقة وقيل لا يفسخ والولد للبائع ويجمع بينهما فى ملك أو يبيعان وهذا موافقة من ابن القاسم لأشهب وكان يحيى على قول ابن القاسم فى المدونة انه يختار الأمهات وتكون أولاد ما اختار معها بمنزلة سمن أجسامها وقال أشهب فيمن اشترى عشر شياه من مائة يختارها فولدت انه يختار الأمهات دون الأولاد قال أشهب وقد وضعت فى ضمان غيره (مسئلة) لا يجوز اشتراط النقد فى بيع الخيار لانه تارة يكون بيعا ان اختار البيع وتارة يكون سلفا ان رد البيع ولا يجوز أن يشترط السلف للتضيير فى بيع لان السلف من عقود المعروف التى تبطل المعاوضة اذا قارنتها كالبيع والسلف وقد أشار الى هذا سحنون وهو ظاهر فى المدونة

(فرع) فان عجل النقد على الطوع بعد تقدم العقد جاز الا في السلم قال ذلك الشيخ أبو محمد رحمه الله ووجهه ما احتج به من انه اذا تطوع بالنقد فيه ثم أراد الاجازة فسخ الثمن الذي تطوع بنقده في المسلم فيه الى أجل وذلك لا يجوز لانه فسخ دين في دين واذا كان الخيار في بيع معين وتطوع بتعجيل النقد صرف الثمن الذي تبرع بتقديمه في عين يتعجل قبضه والله أعلم (مسئلة) ومما يكون من المبتاع اجازة في مدة الخيار أن يهب ما اشتراه بالخيار أو تكون جارية فيدبرها أو يكاتبها أو يؤجرها أو يعتقها أو يتصدق بها أو يطؤها أو يقبلها أو يباشرها فذلك كله اجازة عند ابن القاسم وذلك أن مثل هذا لا يفعله الانسان الا فيما يملكه فكان فعله له فيما يجوز له أن يتملكه تملكا كانتزاع مال عبده (فرع) فاذا جرد الجارية لينظر اليها فليس ذلك باختيار الا أن يجردها ملتذا بالنظر اليها أو ينظر الى فرجها فذلك رضى بها قاله ابن القاسم ولو كانت جارية فزوجها لكان ذلك منه رضا قاله ابن المواز قال وانما خالف أشهب ابن القاسم في تزويج العبد وأما تزويج الأمة فهو رضا عندهما (فرع) ولو رهن العبد أو أجره أو زوجه أو أسلمه الى خباز أو طباخ أو كتاب أو ساوم به لكان اختيارا وكذلك لو قطع يده أو فقأ عينه أو ضربه بفعل ذلك عمدا فان فعله خطأ رد معه ما نقصه قال ذلك ابن القاسم في المدونة وقال في غيرها و يحلف ان اتهم وقال أشهب لا تكون الاجارة ولا الرهن ولا السوم بها ولا الجنايات ولا اسلامه الى الصناعات ولا تزويجه العبد اجازة منه بعد أن يحلف في الاجارة والرهن وتزويج العبد وروى محمد عن أشهب انه يحلف في هذه الوجوه كلها بالله ما كان منه هذا رضا بالعبد وجه قول ابن القاسم ان هذه كلها معان لا يفعلها الانسان من غير تعد الا فيمن تملكه فلا يحمل أمره على التعدي بل على عمل ماله فعله وهو الاجازة ووجه قول أشهب أن ما يفعل الانسان فيما لا يملكه على قسمين فمنه على وجه التعدي ومنه على وجه الاختبار كالمساومة وتسليمه في الصناعات ليختبر قبوله لها ونفاذه فيها فلا يجوز أن يقضي عليه بمجرد فعله على انه أمضى البيع وهو يحتمل أن يكون فعله لاختبار المبيع (مسئلة) ولو كانت دابة فقطع ذنبها المبتاع أو ودجها أو غربها أو سافر بها فذلك كله اجازة منه للبيع قاله ابن القاسم قال ولو ركبها الى موضع قريب فهو على خياره لانه يقول ركبتها لأختبرها ولذلك شرط الخيار (مسئلة) ولو باع السلعة في مدة الخيار فقد روى علي بن زياد عن مالك لا ينبغي أن يبيع حتى يختار فان باع فليس بيعه اختيارا ولرب السلعة أن يجيز فيأخذ الثمن أو يرد البيع وفي الواضحة انه ان قال بعته بعد الرضا صدق مع يمينه وان قال بعته قبل ان أرضى فالربح للبائع منه ومثله لابن القاسم في انه لا يكون البيع رضا وجه ذلك انه قد تعلق حق البائع منه بالربح الذي باع به فيقول انه لي لانك بعت قبل الرضا فالربح لي وهذه المسئلة مخالفة للمسائل المتقدمة لان هذه المسئلة البائع ينكر الرضا ويريد الرد وفي سائر المسائل البائع يدعي رضاه بالبيع ويمنع الرد لانه لا غرض في شئ منها للبائع والله أعلم ولو كان يدعي عليه الرضا بالبيع للزمه ذلك لانه قد قال ان الرضا يثبت عليه بالمساومة والبيع في ذلك أبلغ (مسئلة) ومن حجم العبد أو حلقه على المشط ففي الواضحة انه رضى به قال وكذلك لو جعل من يخضب يد الجارية أو يضفر رأسها بالفاسول الا أن تفعل ذلك الجارية بغير أمره فلا يكون رضى (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان البيع في مدة الخيار على ملك البائع كان الخيار للبائع أو للمبتاع أو لهما وقال أبو حنيفة ان كان الخيار للمشتري وحده فقد خرج المبيع من ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري وقال الشافعي ينتقل بنفس العقد وله قول آخر انه مراعاة والدليل على

مانقوله أنه ايجاب لا يلزم البائع فلم ينتقل به الملك أصل ذلك اذا كان الايجاب لم يوجد فى القبول بعده (مسئلة) واذا هلك المبيع فى مدة الخيار بيد البائع فهو منه وان هلك بيد المبتاع ففى كتاب ابن حبيب ان كان مما لا يغاب عليه فهو من ضمان البائع مع عين المبتاع لقد ذهب من غيره فعليه وان كان مما يغاب عليه فهو من ضمان المبتاع اذا لم تقم بينة بضياعه ووجه ذلك انه قبضه لمنفعة نفسه مع بقائه على ملك بائعه فأشبه الرهن (فرع) و بماذا يضمن فى الواضحة يضمن بالثمن دون القيمة ووجه ذلك انه يتهم أن يغيب عليه و يدعى ضياعه ليأخذ بالقيمة وقد كان بائعه لا يبيعه ولا يسلمه اليه بقيمة الا بما شرط من ثمنه ومتى قبضه على ثمن يصح ضمنه به كما انه اذا قبضه على غير ثمن لم يضمنه الا بالقيمة (مسئلة) خيار الشرط موروث و به قال الشافعى وقال أبو حنيفة ليس بموروث والدليل على مانقوله قوله تعالى ولكم نصف ماترك أزواجكم وهذا الحق مما ترك فوجب أن يكون للوارث ومن جهة القياس ان هذا خيار ثبت لاصلاح المال فوجب أن ينتقل بالموت الى الوارث كخيار الرد بالعيب (فرع) وان أغمى عليه لم يكن للسلطان ابطال خياره فى أيام الخيار فان تطاول ذلك نظر السلطان فان كان منه ضرر فسخ البيع وليس له الاجازة للمغمى عليه هكذا وقعت هذه المسئلة فى المدونة والموازية وروى ابن المواز عن أشهب ان للسلطان أن يجيز أو يرد فى مدة الخيار فان لم يفعل حتى مضت أيام الخيار لم يكن له نظر ورد البيع فيقع الخلاف بينهما فى مدة الخيار فوجه قول ابن القاسم ان المغمى عليه ليس للسلطان الحجر عليه ولا النظر فى ماله بالبيع والشراء أو الرد والامضاء لقرب ما يرجى من افاقته وانما الحجر على من يطول أمره ويبعد وقت افاقته المدة الطويلة التى يخاف فيها ضياع ماله وجه قول أشهب انه لما تعذر على المغمى عليه النظر كان السلطان هو القائم عنه والآخذ له بماله أن يأخذ به لنفسه والله أعلم (مسئلة) اذا أراد من شرط الخيار لنفسه من المتبايعين أن يجيز أو يفسخ جاز له ذلك وان لم يحضر الآخر خلافا لأبى حنيفة فى قوله ليس له ذلك الا بمحضر الآخر والدليل على مانقوله ان من لم يفتقر حال العقد الى رضاه فانه لا يفتقر الى حضوره كالأجنبى (مسئلة) ولو انقضت مدة الخيار ولم يختر من له الخيار فقد قال مالك وابن القاسم له أن يرد الساعة بعد مغيب الشمس من آخر أيام الخيار ومن الغد وقرب ذلك فان تباعد فليس له ردها قال مالك أرأيت ان من مرض أو حبس أيلزمه البيع قال أشهب وابن الماجشون اذا مضت الأيام بلياليها فلا رد له فان رد قبل غروب الشمس من آخرها فذلك له وجه القول الأول ان فى تحديد وقت الخيار نوعا من الغرر فقد يعوق العائق فى ذلك الوقت عن الالتزام أو الرد مع حاجته الى ذلك وما أثر الغرر فى البيع كان ممنوعا ولذلك منع فى السلم أن يريه حنطة ويسلم اليه فى مثلها ومن جوزه لم يلزم السلم اليه الا ما يكون حكمه حكمها لتعذر وجود مثلها ووجه القول الثانى ان اشتراط المدة يقتضى توقيتها والمنع من الزيادة عليها كأجل الدين وعهدة الثلاث (فرع) فاذا قلنا بقول مالك فانه يعتبر فى ذلك ممن كانت السلعة فى يده بان كان الخيار للبائع والسلعة بيده حتى انقضت مدة الخيار وما يقرب منها فالسلعة له وليس له امضاء البيع ولو كانت بيد المشترى لنفذ البيع ولم يكن للبائع الرد وكذلك لو كان الخيار للمشترى أولهما على حسب هذا يكون الأمر فيه وهو معنى قول ابن القاسم فى المدونة ص ﴿ قال مالك فيمن باع من رجل سلعة فقال البائع عند مواجبة البيع أبيعك على أن أستشير فلانا فان رضى فقد جاز البيع وان كره فلا بيع بيننا فيتبايعان على ذلك ثم يندم المشترى قبل أن يستشير البائع فلانا ان ذلك البيع لازم لهما على ما وصفا ولا خيار للمبتاع وهو لازم له ان أحب الذى اشترط له البائع أن يجيزه ﴾ ش وهذا على ماقال ان

قال مالك فيمن باع من رجل سلعة فقال البائع عند مواجبة البيع أبيعك على أن أستشير فلانا فان رضى فقد جاز البيع وان كره فلا بيع بيننا فيتبايعان على ذلك ثم يندم المشترى قبل أن يستشير البائع فلانا ان ذلك البيع لازم لهما على ماوصفا ولا خيار للمبتاع وهو لازم له ان أحب الذى اشترط له البائع أن يجيزه

البائع له أن يشترط مشورة فلان وخياره وكذلك المبتاع خلافا لأحمد بن حنبل وأحد وجهي أصحاب الشافعي والدليل على ذلك ان الخيار وضع لتأمل المبيع واختباره وقد يكون هو ممن لا يبصر فيشترط خيار غيره أو يكون هو يبصر ويشترط استعانته به (فرع) وهذا اذا كان المشترط مشورته واختياره حاضرا أو قريب الغيبة وان كان بعيد الغيبة فسد البيع لانه معين يشترى على أن يستحق قبضه الى أجل بعيد وذلك غير جائز (مسئلة) فاذا باع البائع واشترط مشورة فلان فان ذلك يلزم المبتاع وللبائع أن يمضي البيع أو يرده قبل نظر فلان المذكور روى ابن المواز عن مالك انه قال كمن خلع وكالة وكيل وكذلك من ابتاع على أن يستأمر فلانا فقد قال مالك للمبتاع أن يرد البيع ولا يستأمر هذا وقوله كمن خلع وكالة وكيل فيه نظر لان الاستئمار ليس بمعنى التوكيل والتسليط على العمل وانما معنى المشاورة والاستئمار استعلام رأي المشير وما عنده في ذلك ثم العمل في ذلك للمستشير بموافقته له أو مخالفته الا أنه يحتمل أن يريد بذلك ان الوكيل الذي فوض اليه العمل خلعه فكيف بمن لم يفوض له شئ (مسئلة) وأما ان شرط البائع خيار أجنبي فقد سوى ابن حبيب في واضحته بين المشورة والخيار وقال ان لمن شرط ذلك من المتبايعين الأخذ أو الرد دون الأجنبي رواه ابن المواز وروى ابن مزين عن ابن نافع انهما سواء ولا رد للمبتاع الا برأي من اشترط خياره أو مشورته كذا نقله الشيخ أبو محمد في نوادره والذي في كتاب ابن مزين عن يحيي بن يحيي عن ابن نافع في الذي يبيع السلعة ويستثني أن يستشير فلانا فان أمضى البيع بينهما تم بيعهما فقال البيع لازم للبائع وللمبتاع ان أجازه الذي استثنى البائع نظره ولا ينفع أحدهما ندمه وهذا ليست فيه استشارة فقط بل قد جعل اليه الامضاء فهو أبلغ من أن يجعلا اليه الخيار والرضا وقد سوى في ذلك بين المتبايعين وروى أصبغ عن ابن القاسم انهما ان جعلا الى أجنبي الرد والامضاء انهما قد تخاطرا في ذلك ولا يعجبه وفي المدونة عن مالك في البائع يبيع على رضا أجنبي أو خياره فان رضي البائع أو فلان جاز البيع وهذا اللفظ يقتضي ان من أجاز منهما البيع جاز وعليه تأوله ابن لبابة وخالفه غيره في هذا التأويل وفي المدونة عن مالك انه فرق بين المشورة والرضا والاختيار في حق المبتاع فقال ان شرط المبتاع مشورة أجنبي جاز له أن يجيز دون المشاورة وان شرط رضاه أو على خياره فليس للمبتاع أن يرده ولا يجيزه حتى يرضى فلان وذكر القاضي أبو محمد ان البائع اذا شرط خيار أجنبي أو رضاه كان له الاختيار دون الاجنبي بخلاف المشترى يشترط ذلك فلا خيار للمشترى دون الأجنبي والفرق بينهما ان حال البائع أقوى لان المبيع باق على ملكه وله عزل من جعل الخيار اليه والمشترى لم يملك المبيع بعد ولم يوجب له فيه على اختياره انما شرط اختيار غيره فليس له عزل الغير عما لا يملك (فرع) ومن اشترى لغيره وشرط خيار حاضر أو غائب قريب الغيبة قال ابن حبيب له أن يجيز البيع دونه بخلاف الذي يشترى لنفسه وتوجيهه يقرب مما قدمناه ويتخرج على قول مالك وابن نافع أن خيار الأجنبي في ذلك غير لازم على ما تقدم

ص ﴿قال مالك الأمر عندنا في الرجل يشترى السلعة من الرجل فيختلفان في الثمن فيقول البائع بعتكها بعشرة دنانير ويقول المبتاع ابتعتها منك بخمسة دنانير أنه يقال للبائع ان شئت فاعطها للمشترى بما قال وان شئت فاحلف بالله ما بعت سلعتك الا بما قلت فان حلف قيل للمشترى اما أن تأخذ السلعة بما قال البائع واما أن تحلف بالله ما اشتريتها الا بما قلت فان حلف برئ منها وذلك ان كل واحد منهما مدع على صاحبه﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان المتبايعين اذا اختلفا في الثمن كان كل واحد منهما مدعيا ومدعى عليه وذلك ما لم يفت المبيع ويتقرر عليه اليمين وذلك على ثلاثة أحوال

قال مالك الامر عندنا في الرجل يشترى السلعة من الرجل فيختلفان في الثمن فيقول البائع بعتكها بعشرة دنانير ويقول المبتاع ابتعتها منك بخمسة دنانير انه يقال للبائع ان شئت فاعطها للمشترى بما قال وان شئت فاحلف بالله ما بعت سلعتك الا بما قلت فان حلف قيل للمشترى اما أن تأخذ السلعة بما قال البائع واما أن تحلف بالله ما اشتريتها الا بما قلت فان حلف برئ منها وذلك أن كل واحد منهما مدع على صاحبه

أحدها أن يختلفا قبل القبض والثاني أن يختلفا بعد القبض وقبل فوات السلعة والثالث أن يختلفا بعد فوات السلعة فاما ان اختلفا قبل أن يقبض المبتاع السلعة فهى المسئلة التى تكلم عليها مالك فى أصل الكتاب وقال انهما اذا اختلفا وقال البائع بعتكها بعشرة دنانير وقال المبتاع ابتعتها منك بخمسة دنانير فقال انه يبدأ بالبائع فيقال له ان شئت أن تسلمها للمبتاع بما قال والا فاحلف انك بعتها منه بعشرة دنانير فان حلف قيل للمبتاع خذها بما حلف عليه البائع والا فاحلف بأنك اشتريتها منه بخمسة فان حلف لم يلزم أحدهما ما حلف عليه الآخر وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ووجه ذلك أن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فلم يكن دعوى أحدهما بأظهر من دعوى الآخر لكن قدم البائع بالتخيير بين التسليم أو اليمين لان ملكه أقدم من ملك المبتاع والايجاب الذى من جهته قبل القبول الذى من جهة المبتاع فان حلف لم تكن يمينه يمينا يستحق بها ما حلف عليه وانما كانت يمينه يمينا تمنع المبتاع من استحقاق السلعة لما يحلف عليه ان حلف ويقوى دعواه انه انما باع بالثمن الذى ذكره فاذا اقترن به نكول المبتاع استحق بها الثمن الذى حلف عليه فاذا حلف المبتاع لم يستحق أيضا أخذ السلعة بما حلف عليه لان يمينه انما هى لمقاومة يمين البائع ولتقوى دعواه بمثل ما قوى به البائع دعواه بيمينه فاذا تكافأت اليمينان لم يكن قول أحدهما أولى من قول الآخر فينتقض البيع بينهما لان البائع اقتضت يمينه أن لا يخرج السلعة من يده بخمسة مثاقيل والمبتاع اقتضت يمينه أن لا يستحق عليه فى ثمنها عشرة مثاقيل فلم يبق الا فسخ ما بينهما (فرع) واذا قلنا يفسخ ذلك بينهما فقد قال سحنون ان بنفس التخالف ينتقض التبايع وفى النوادر قال محمد بن عبد الحكم اذا تحالفا ثم أراد البائع أن يلزم المشترى بما حلف عليه المشترى فذلك له وان شاء فسخ البيع وقال ابن القاسم فى المدونة الا أن يرضى المبتاع قبل الحكم بالفسخ بما قال البائع فذلك له ووجه ما قاله سحنون ان الحلف اذا لزم من الجهتين ويعقبه فسخ كان ذلك لازما لا خيار فيه لأحد كاللعان ووجه ما قاله محمد بن عبد الحكم من أن الخيار للبائع بعد أيمانهما أن الخيار قد ثبت للبائع بنفس اختلافهما ولذلك خير قبل أن يحلف وليس فى أيمانهما ما يقطع خياره لان يمينه انما كانت لتقوى دعواه ويمين المبتاع لتقاوم يمين البائع وتمنعه من أخذ السلعة لما حلف عليه فبقى الخيار للبائع ونحرر من هذا قياسا فنقول ان هذا خيار للبائع ثبت باختلافهما فكان باقيا له ما لم يفسخ بيعهما أصل ذلك قبل تحالفهما ووجه قول ابن القاسم ان بيمين البائع قد انتقل الخيار الى المبتاع ولو أراد أن يمضى السلعة للبائع لما حلف عليه لكان له ذلك وهو معنى نكوله بل لا يعذر أن ينفصل عن هذا الا باليمين فاذا حلف كان له الخيار وذلك ان له أن يمضى البيع بما حلف عليه البائع كما كان له ذلك قبل يمينه وكان له رده لمقاومة يمينه يمين البائع وكان الخيار له دون البائع والله أعلم (مسئلة) ولو نكل البائع أولا انتقلت اليمين الى المبتاع فان حلف كانت السلعة بالخمسة التى حلف عليها وذلك انه قد قوى جنبته بيمينه ونكول البائع ولو نكل المبتاع أيضا قال القاضى أبو محمد اختلف فيه فقيل يترادان وقيل القول قول البائع وهذه الرواية الثانية هى رواية ابن حبيب وردت مجملة دون ذكر يمين وقد حملها قوم على أنها تلزم المبتاع لما قال البائع دون أن يحلف البائع * قال القاضى أبو الوليد والذى عندى أنه لا يكون ذلك للبائع الا مع يمينه لان يمينه الأولى لم تكن لاستحقاق ما يحلف عليه لان للمبتاع أن يسقط ذلك عن نفسه بيمينه فلما نكل عنها ثم نكل المبتاع بعده ثبت فى حقه يمين أخرى وهى اليمين التى يستحق بها ما حلف عليه ولا يكون للمبتاع اسقاط ذلك عنه بيمينه لانه قد ترك ما هو أقوى من هذه اليمين وهو أن يحلف ويأخذ

السلعة بالحسة التي حلف عليها ولا يكون بمنزلة من ادّعى على رجل عشرة دنانير وأقام بذلك شاهدا فقضى له بيمينه مع شاهده فنكل فردت اليمين على المدعى عليه فنكل فانه يزن العشرة دنانير لنكوله دون يمين المدعى لان اليمين نكل عنها المدعى التي ردت على المدعى عليه لان المدعى لو حلف أولا لاستحق حقه ولو حلف المدعى عليه عند نكول المدعى لاستحق البراءة مما ادعى عليه وليس كذلك في مسئلتنا فان البائع لو حلف لم يستحق ما حلف عليه بمجرد يمينه ولو أحلف المبتاع لاستحق ما حلف عليه بمجرد يمينه فاحدى اليمينين غير الاخرى واذا نكل المبتاع وجب أن ترد يمين الاستحقاق على البائع لانها لم تثبت قط في جنبته يمين يستحق حقه بها وانما تثبت في حقه أولا يمين اذا أنها قيل للمبتاع اما أن تحلف وتسقط عن نفسك ما حلف عليه أو تنكل فيقضى له بما حلف عليه والله أعلم (مسئلة) وأما اذا اختلفا بعد قبض السلعة وقبل فوتها فالذى رواه أشهب وابن القاسم عن مالك انهما يتحالفان ويتفاسخان وروى ابن وهب عن مالك ان القول قول المبتاع وفى كتاب ابن المواز لم يختلف قول مالك قبل التفرق وانهما يتحالفان ويتفاسخان واختلف قوله اذا تفرقا وقد قبض المبتاع السلعة فروى عنه ابن حبيب ما تقدم وجه رواية ابن القاسم ان السلعة باقية على صفتها فكان حكمها أن يتحالفا ويتفاسخا ولا تأثير لقبضها بانفراده كما لا تأثير له في البيع الفاسد ووجه رواية ابن وهب ان جنبة المبتاع قد قويت بالقبض ولليد تأثير في ثبوت الأيمان في جنبة ذى اليد كما لو تداعى رجلان حقا هو في يد أحدهما لكان القول قوله مع يمينه (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم فسواء انتقد الثمن أو لم ينتقده يتحالفان ويترادان ما لم تفت رواه ابن المواز عن ابن القاسم (مسئلة) وأما اذا فاتت السلعة بزيادة أو نقصان أو حوالة أسواق فروى ابن القاسم عن مالك ان القول قول المبتاع وبه قال أبو حنيفة وروى أشهب عن مالك انهما يتحالفان أبدا وان تلفت السلعة وبه قال الشافعي ووجه رواية ابن القاسم ان التحالف قبل الفوات يوجب الفسخ في عين السلعة وردعينها الى البائع وذلك متعذر بعد تلفها وانما يرد بدلها وهو القيمة فيقرر بها من ذلك ان المبتاع غارم لما تعلق بذمته ومن كان هذا حكمه فالقول قوله ووجه رواية أشهب ان هذه احدى حالتى السلعة فوجب اذا اختلف متبايعاها في ثمنها أن يتحالفا ويتفاسخا كحالة الوجود فيتقرر من هذا أن في المسئلة ثلاث روايات احداها انهما يتحالفان ما لم يقبض السلعة ويفترقان فاذا فارقه المبتاع وقد قبضها فالقول قول المبتاع وهى رواية ابن وهب وبها يأخذ سحنون والرواية الثانية انهما يتحالفان ويترادان أبدا وهى رواية أشهب وقد روى ابن القاسم عن مالك الروايات كلها وهى ظاهرة في النوادر (مسئلة) وهذا اذا اختلفا في مقدار الثمن واتفقا على جنسه وأما ان اختلفا في جنسه فقال أحدهما بدينار وقال الآخر بطعام قال ابن القاسم الاختلاف المذكور اذا اتفقا في الجنس فأما اذا اختلفا فانهما يتحالفان أبدا وترد القيمة ووجه ذلك انهما لم يتفقا على جنس لكون البائع يدعى زيادة ينكرها المبتاع وقد صدقه فيما اتفقا عليه فيكون القول قول المبتاع لانه مدع عليه الزيادة واذا اختلف الجنسان كان كل واحد منهما مدعيا ومدعى عليه لانهما لم يتفقا على شئ من الثمنين والله أعلم (مسئلة) وهل يراعى في ذلك أن يأتيا أو يأتى أحدهما بما لا يشبه في كتاب ابن المواز عن ابن القاسم ان معنى قول مالك القول قول من ادعى منهما ما يشبه يعنى بعد فوتها بيد المشترى في سوق أو بدن وذكر ابن حبيب عن مطرف وأصبغ وابن الماجشون انهما يتحالفان اذا أتيا بما يشبه وان أتى أحدهما بما لا يشبه فالقول قول من أتى بما يشبه * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والذى عندى في ذلك ان مذهب ابن القاسم

لا يراعى مع بقاء السلعة في وقت يحكم بالتحالف والتفاسخ أن يأتي أحدهما بما يشبه أو بما لا يشبه وانما يراعى ذلك عند فواتها فيكون القول قول المبتاع اذا أتى بما يشبه وان مذهب مطرف وابن الماجشون وأشهب مراعاة قول من أتى بما يشبه دون من أتى بما لا يشبه وان كانت السلعة مما لا يحكم فيها بالتحالف والتفاسخ والقولان موجودان في المدونة لمن تأملهما فيمن اكترى راحلة بمصر ونقلما ائة فلما بلغا المدينة قال اكتريت الى مكة بمائة وقال المكرى الى المدينة بمائتين قال ابن القاسم القول قول المكرى في المائة التي قبض اذا أتى بما يشبه وعليه اليمين انه لم يكر الى مكة بالمائة وعلى المتكارى اليمين في المائة الأخرى وان لم ينتقده فالقول قول المكرى في المسافة والقول قول المكترى في الكراء ويقسم ما بين مصر الى مكة فيكون للمكرى بمقدار ما بين مصر الى المدينة وقال غيره مثل قوله وذلك اذا أتيا جميعا بما يشبه فان أتى المكرى بما يشبه دون المكترى فالقول قوله مع يمينه وحيث ما يجد لابن القاسم هذه المسئلة في المدونة وغيرها لا يجده يراعى ما يشبه الا بعد الفوات وقد خالفه الغير وهو عندي أشبه على ما ورد في هذه المسئلة والله أعلم (مسئلة) ولو قبض البائع الثمن والسلعة بيد المبتاع لم تفت بحوالة سوق ولا غيره وقد تقدم من رواية ابن المواز عن ابن القاسم انهما يتحالفان ويتفاسخان نقد الثمن أو لم ينقده ما لم تفت السلعة وههنا أظهر لأن لقبض الثمن تأثيرا في محل اليمين فيجب أن يكون في هذه المسئلة وفي التي قبلها على ذلك قول آخر بمراعاة القبض والله أعلم (فرع) ولو حالت أسواق السلعة بيد البائع وقد قبض الثمن فالقول قوله مع يمينه ولو قبض بعض الثمن لم يكن عليه من السلعة الا بقدر ما قبض من الثمن بعد ان يحلف ثم يحلف المبتاع والا لزمته بقية السلعة وغرم بقية الثمن على ما حلف عليه البائع وذلك اذا لم يكن في التشارك في تلك السلعة ضرر فان كان فيها ضرر كالعبد الواحد والدابة تحالفا وتفاسخا وان طال ذلك رواه ابن المواز عن ابن القاسم (مسئلة) ولو تبايعا طعاما فقبل ان يتقابضا اختلفا فقال البائع بعتك خمسة أرادب بدينار وقال المبتاع ابتعت منك ستة أرادب بدينار فقد روى يحيي بن يحيي عن ابن القاسم يتحالفان ويترادان فيفسخ البيع كله وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك اذا اختلفا فقال البائع بعتك ثلاثة أرادب بدينار وقال المبتاع ابتعت منك أربعة أرادب بدينار حلف المبتاع انه ابتاع منه أربعة أرادب بدينار وحلف البائع أنه ما باعه الا ثلاثة أرادب بدينار فان حلف صدق البائع فيما عليه فيؤدي ثلاثة أرادب ويصدق المبتاع فيما عليه فيؤدي ثلاثة أرباع دينار فقول ابن القاسم مبني على ما اختاره من ان التحالف يثبت بينهما ما لم تفت السلعة بيد المبتاع ولم يقبض البائع الثمن ووجه رواية ابن حبيب ان البيع ثبت في مكيل أو موزون فلم يثبت فيه حكم التحالف والتفاسخ ولو ثبت فيه حكم التحالف والتفاسخ لثبت ذلك في السلم قبل القبض وعند حلول الاجل ولكن لحلول الاجل وقبض الثمن تأثير فجعل القول قول الغارم مع يمينه (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم يتحالفان ويترادان فمن ذا الذي يبدأ بيمينه روى يحيي بن يحيي عن ابن القاسم يحلف المبتاع انه اشترى منه ستة أرادب بدينار ثم يحلف البائع أنه ما باعه الا خمسة ثم المبتاع مخير بين أخذ خمسة أو الفسخ ولو قبض البائع دينارا ودفع خمسة أرادب ثم اختلفا قبل التفرق وقال البائع بعتك بالدينار الذي قبضته الخمسة الارادب التي دفعت اليك وقال المبتاع بل ابتعت منك بستة أرادب فقد روى يحيي بن يحيي عن ابن القاسم في العتبية البائع مصدق مع يمينه بقبضه الدينار وأنكر هذا يحيي بن عمر وكأنه يرى انهما يتحالفان ما لم يفترقا ولم تفت وجه قول ابن القاسم ان الدينار لما كان

لا يتعين على البائع رده ثبت انه قد تعلق بذمته فصار ما دفعه اليه البائع قد تعلق بذمته فكان ذلك فوتا في بيعهما وأيضا فانه لما كان القبض يجعل القول قول البائع كان الاعتبار بقبض الدينار دون تفرق المتبايعين ووجه قول يحيي بن عمر أن اختلاف المتبايعين على أصل ابن القاسم يوجب التحالف والفسخ ما لم يفترقا بعد القبض وهذا ان لم يفترقا بعد القبض ولا غاب أحدهما على ما قبضه من الآخر فيجب أن يكون ذلك حكمهما (مسئلة) ولو قبض المبتاع خمسة أرادب ولم يدفع الدينار فقد روى يحيي بن يحيي يلزمه خمسة أسداس دينار بعد أيمانهما وينفسخ البيع في سدس دينار وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك ان القول قول المبتاع وجه قول ابن القاسم انه لما كان المكيل والموزون مما يغاب عليه ولا يعرف بعينه كان قبضه فوتا فيصدق كل واحد منهما فيما عليه فيحلف البائع انه لم يبق عليه شئ من الطعام وان ذلك جميع ما باعه منه ثم يحلف المبتاع انه ما ابتاع منه الا ستة أرادب بدينار فيجب للخمسة أرادب من ذلك خمسة أسداس دينار ويسقط عنه الباقي لأنه باق في ذمته (مسئلة) ولو قبض البائع الدينار فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك اذا قبض البائع الدينار فهو مصدق بيمينه قبض المبتاع الطعام أو لم يقبضه ووجه ذلك ان البائع الذي قبض الدينار وكان ذلك بمعنى فواته لتعلقه بذمته فالقول قوله فان كان قد قبض المبتاع الطعام فانما يدعى عليه زيادة على ذلك فالقول قول المبتاع وان كان لم يقبضه فانما يدعى المبتاع زيادة على ما أقر به وقد تقدم من قول يحيي بن عمر انكاره هذا واختياره ان يتحالفا (فرق) فاذا قلنا ان القول قول البائع اذا قبض الثمن فالفرق بينه وبين السلم أنه قد قال اذا أسلم اليه في طعام الى أجل فقال المبتاع سلمت اليك مائة دينار في مائة أردب وقال البائع بل سلمت الى مائة دينار في خمسين أردب حنطة فقد روى ابن القاسم عن مالك وهو قول ابن القاسم ان كان ذلك بقرب تبايعهما تحالفا وترادا وان طال ذلك فالقول قول من عليه السلم مع يمينه اذا أتى بما يشبه فان أتى بما لا يشبه حلا على سلم الناس فالفرق بين مسئلة النقد ومسئلة السلم ان في مسئلة السلم يستحق القبض كما يستحق ذلك في السلم عند حلول الاجل فاستويا وأما قبل حلول الاجل وقبل تغير الاسواق فلا يستحق على البائع تسليم الطعام فلذلك لم يكن القول قوله ويثبت بينهما حكم التحالف والتفاسخ (فرق) وفرق بين المكيل والموزون وبين المعين من غيرهما ان المكيل والموزون لا يعرف بعينه واذا غيب عليه تعلق بالذمة والثياب والحيوان تعرف بأعيانها فالم يتعلق بالذمة لفوات يلحقها لم يكن القول قول بائعها يدل على ذلك انه اذا أسلم فيها لما كانت غير معينة وكانت متعلقة بذمة من باعها حكمنا في ذلك كله حكم المكيل والموزون والله أعلم وأحكم

﴿ ماجاء في الربا في الدين ﴾

ص ﴿ مالك عن أبي الزناد عن بسر بن سعيد عن عبيد أبي صالح مولى السفاح أنه قال بعت بزا لي من أهل دار نخلة الى أجل ثم أردت الخروج الى الكوفة فعرضوا على أن أضع عنهم من الثمن وينقدوني فسألت عن ذلك زيد بن ثابت فقال لا آمرك أن تأكل هذا ولا تؤكله * قال مالك عن عثمان بن حفص بن خلدة عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر انه سئل عن الرجل يكون له الدين على الرجل الى أجل فيضع عنه صاحب الحق ويعجله الآخر فكره ذلك عبد الله بن عمر ونهى عنه ﴾ ش قوله ان أهل دار نخلة عرضوا عليه قبل أن يحل أجل دينه أن يضع عنهم

﴿ ماجاء في الربا في الدين ﴾

* حدثني يحيي عن مالك عن أبي الزناد عن بسر بن سعيد عن عبيد أبي صالح مولى السفاح انه قال بعت بزا لي من أهل دار نخلة الى أجل ثم أردت الخروج الى الكوفة فعرضوا على أن أضع عنهم من الثمن وينقدوني فسألت عن ذلك زيد بن ثابت فقال لا آمرك أن تأكل هذا ولا تؤكله * وحدثني عن مالك عن عثمان بن حفص بن خلدة عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن الرجل يكون له الدين على الرجل الى أجل فيضع عنه صاحب الحق ويعجله الآخر فكره ذلك عبد الله بن عمر ونهى عنه

ويتقدوه يريدوالله أعلم ان ينقدوه جنس ماله عليهم وذلك مثل أن يكون له عليهم مائة دينار مؤجلة فيدفعون اليه قبل الأجل خمسين دينارا او يحط عنهم خمسين فسأل عن ذلك زيد بن ثابت فقال لا آمرك أن تأكله ولا تؤكله يريد تطعمه غيرك ومعنى ذلك تحريمه لانه لا يمنعه من ان يأكله ويؤكله مع كونه مباحا وبه قال ابن عمر وعليه جمهور الفقهاء وأجازه النخعي وزفر واختلفت الرواية عن ابن المسيب في ذلك وأصحها المنع ودليلنا على تحريمه انهم اشتروا منه المائة المؤجلة بخمسين معجلة وذلك غير جائز لوجهين التفاضل والنساء في الجنس الواحد من العين ويدخله سلف لعوض لانهم أسلفوه خمسين يقبضها من نفسه عند الأجل على أن يسقط عنهم خمسين (مسئلة) وأما اذا أخذ منه قبل الأجل من غير جنسه ماقيمته أقل مما له عليه فلا يخلو أن يكون مما لا يجوز أن يدخل الأجل بينه وبين الدنانير أو مما يجوز ذلك فان كان مما لا يجوز ذلك كالدراهم فلا يجوز أن يأخذ منهم قبل الأجل بدنانير دراهم مثل قيمتها ولا أقل ولا أكثر لان هذا ورق بذهب الى أجل وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء (مسئلة) وان كان مما يجوز ذلك فيه مثل أن يأخذ منه بدنانير قبل الأجل عروضا معجلة تكون قيمتها أقل من دنانيره أو مثل ذلك أو أكثر فلا بأس في ذلك لان مآل أمره الى شراء عرض بدنانير مؤجلة ولا خلاف في جوازه ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم أنه قال كان الربا في الجاهلية أن يكون للرجل على الرجل الحق الى أجل فاذا حل الأجل قال أتقضي أم تربي فان قضى أخذ والا زاده في حقه وأخر عنه في الأجل * قال مالك والأمر المكروه الذي لا اختلاف فيه عندنا أن يكون للرجل على الرجل الدين الى أجل فيضع عنه الطالب ويعجله المطلوب قال وذلك عندنا بمنزلة الذي يؤخر دينه بعد محله عن غريمه ويزيده الغريم في حقه قال فهذا الربا بعينه لا شك فيه ﴾ ش قول زيد بن أسلم ان ربا الجاهلية كان أن يقول الذي له الدين عند أجله للذي عليه الدين أتقضي أم تربي يريد يزيد في الدين فان اختار ان يزيده في الدين ليزيده في الأجل فعل وهذا مما لا خلاف بين المسلمين في تحريمه وقد قيل ان قول الله تعالى اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا ان كنتم مؤمنين فان لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وان تبتم فلكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة نزلت في هذا والله أعلم ومن جهة المعنى انه سلف لنفع لانه يؤخره على أن يزيده في دينه وذلك مما اتفق على تحريمه كما لو أعطاه عشرة دنانير في عشرين الى أجل

(فصل) وقول مالك ان الذي يضع من دينه ويتعجله قبل أجله بمنزلة الذي يؤخره بعد محل أجله ويزيده يريد ان معناهما العوض للزيادة لان الذي وضع قبل أجله سلف على ان وضع والذي أخر للزيادة أسلف على ان زاد فهو تأخير لعوض والله أعلم وقد يفترقان فيما قدمناه من ان الذي لم يحل أجله يجوز أن يأخذ من غير جنس دينه معجلا ماقيمته أقل من قيمة دينه والذي يؤخر بعد الأجل لا يجوز أن يؤخره على أن ينقله الى غير جنسه سواء كان في مثل قيمته أو أقل أو أكثر لان الذي يتعجل قبل الأجل من غير جنسه تبرأ الذمتان ويتنجز ما بينهما والذي يؤخر بعد الأجل وينقل دينه الى غير جنسه تبقى ذمة الذي عليه الحق مشغولة وينتقل ما يشتغل به الى غير الجنس الأول فيصير فسخ دين في دين وذلك غير جائز على ما تقدم ص ﴿ قال مالك في الرجل يكون له على الرجل مائة دينار الى أجل فاذا حلت قال له الذي عليه الدين بعني سلعة يكون ثمنها مائة دينار نقدا بمائة وخمسين الى أجل قال مالك هذا بيع لا يصلح ولم يزل أهل العلم ينهون عنه * قال مالك وانما كره ذلك لانه انما

* وحدثني عن مالك عن زيد بن أسلم انه قال كان الربا في الجاهلية أن يكون للرجل على الرجل الحق الى أجل فاذا حل الأجل قال أتقضي أم تربي فان قضى أخذ والا زاده في حقه وأخر عنه في الأجل * قال مالك والأمر المكروه الذي لا اختلاف فيه عندنا أن يكون للرجل على الرجل الدين الى أجل فيضع عنه الطالب ويعجله المطلوب وذلك عندنا بمنزلة الذي يؤخر دينه بعد محله عن غريمه ويزيده الغريم في حقه قال فهذا الربا بعينه لا شك فيه * قال مالك في الرجل يكون له على الرجل مائة دينار الى أجل فاذا حلت قال له الذي عليه الدين بعني سلعة يكون ثمنها مائة دينار نقدا بمائة وخمسين الى أجل هذا بيع لا يصلح ولم يزل أهل العلم ينهون عنه * قال مالك وانما كره ذلك لانه انما

يعطيه ثمن ماباعه بعينه و يؤخر عنه المائة الأولى الى الأجل الذى ذكر له آخر مرة و يزاد عليه خمسين دينارا فى تأخيره عنه فهذا مكروه ولا يصلح وهو أيضا يشبه حديث زيد بن أسلم فى بيع أهل الجاهلية انهم كانوا اذا حلت ديونهم قال للذى عليه الدين اما أن تقضى واما أن تربى فان قضى أخذوا والا زادوهم فى حقوقهم وزادوهم فى الأجل ﴾ ش وهذا على ما قال لان من كان له على رجل مائة دينار الى أجل فاشترى منه عند الأجل سلعة تساوى مائة دينار بمائة وخمسين فقضاه دينه الاول وانما قضاه ثمن سلعته وزاد خمسين دينارا فى دينه لتأخيره به عن أجله فهذا يشبه ما تضمنه حديث زيد بن أسلم من بيوع الجاهلية فى زيادتهم فى الديون عند انقضاء أجلها ليؤخروا بها و يدخله أيضا بيع وسلف لأنه انما ابتاع منه هذه السلعة بمائة معجلة وخمسين مؤجلة ليؤخره بالمائة التى حلت له عليه ووجوه الفساد فى هذا كثيرة جدا (مسئلة) فان وقع هذا البيع فى المدينة عن مالك أنه قال يفسخ البيع فى هذه السلعة التى باعه اياها بمائة وخمسين فان فاتت رددتها الى قيمتها نقدا وفسخت البيع الأول وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله ووجه ذلك ان هذا البيع قد دخله ما قدمناه من وجوه الفساد فوجب فسخه ما لم يفت فان فات رد الى القيمة وكانا على أجلهما فى الدين الأول والله أعلم ومعنى قوله فسخت البيع الاول يريد الذى انعقد فى السلعة بمائة وخمسين والله أعلم

﴿ جامع الدين والحول ﴾

ص ﴿ مالك عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغنى ظلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع ﴾ ش قوله مطل الغنى ظلم المطل هو منع قضاء ما استحق عليه قضاؤه فلا يكون منع ما لم يحل أجله من الديون مطلا وانما يكون مطلا بعد حلول أجله وتأخير ما بيع على النقد عن الوقت المعتاد فى ذلك على وجه ما جرت عليه عادة الناس من القضاء قد جاء التشديد فيه

(فصل) وقوله مطل الغنى ظلم ووصفه بالظلم اذا كان غنيا خاصة ولم يصفه بذلك مع العسر وقد قال الله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة واذا كان غنيا فمطل بما قد استحق عليه تسليمه فقد ظلم وقد قال أصبغ وسحنون وترد بذلك شهادته لان النبى صلى الله عليه وسلم سماه ظالما وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لىُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته فعرضه التظلم منه بقول مطلنى وظلمنى وقال بعض العلماء فى قول النبى صلى الله عليه وسلم وعقوبته سجنه حتى يؤدى

(فصل) وقوله اذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع معناه والله أعلم الحوالة وقد قال القاضى أبو محمد ان الأصل بالحوالة قوله صلى الله عليه وسلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع والحوالة أن يكون للرجل على الرجل الدين والذى عليه الدين على أجل آخر مثله فيحيل به غريمه على الذى عليه مثله وقد قال الشيخ أبو محمد فى قوله فليتبع انه على الندب ويحتمل ذلك قول القاضى أبى محمد لانه معروف وقال ان الحوالة استثنيت من الدين كما استثنيت العرية وبيع الرطب بالتمر * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والصحيح فى الحوالة عندى ان الحوالة ليست من باب الدين بالدين اذا قلنا انها لا تصح الا من دين ثابت للمحيل على المحال عليه وذلك ان المحيل تبرأ ذمته بنفس الاحالة فهى من باب النقد ومعنى الحوالة عندى أن تكون على الاباحة وان الذى له الدين بالخيار بين أن يستحيل على غريم غريمه وبين أن يطلب غريمه ويقول له اقضنى حقى وشأنك بصاحبك وقال أهل الظاهر انه

يعطيه ثمن ماباعه بعينه ويؤخر عنه المائة الاولى الى الاجل الذى ذكر له آخر مرة و يزاد عليه خمسين دينارا فى تأخيره عنه فهذا مكروه ولا يصلح وهو أيضا يشبه حديث زيد بن أسلم فى بيع أهل الجاهلية انهم كانوا اذا حلت ديونهم قالوا للذى عليه الدين اما أن تقضى واما أن تربى فان قضى أخذوا والا زادوهم فى حقوقهم وزادوهم فى الاجل

﴿جامع الدين والحول﴾

* حدثنا يحيى عن مالك عن أبى الزناد عن الاعرج عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغنى ظلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع

يلزمه الاستحالة والدليل على صحة مانقوله ان هذا نقل حق من ذمة الى ذمة فلم يجب ذلك بالشرع أصل ذلك اذا لم يكن له عليه شئ (مسئلة) وان شاء المحال أن يستحيل بحقه لم يعتبر فى ذلك برضا المحال عليه ذكر ذلك القاضى أبو محمد عن جمهور الفقهاء وقال داود لاتصح حوالته الا برضا من عليه الدين والدليل على مانقوله قول النبى صلى الله عليه وسلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع ولا بد أن يكون معناه الأمر أو الاباحة ولم يشترط فى ذلك رضا الذى عليه الحق وانما شرط فى ذلك رضا المحيل لانه هو الذى يتبع من له عليه الدين على من له هو عليه مثله ومن جهة المعنى انها استنابة من يقضى هذا الحق كالوكيل (مسئلة) ولو شرط المستحيل على المحيل انه ان أفلس المحال عليه أو نقص رجع عليه فهو حول ثابت وله شرطه ان أفلس رواه سحنون عن المغيرة فى العتبية ووجه ذلك ان الحوالة صحيحة وقد شرط فيها سلامة ذمته وله شرطه (مسئلة) ومن شرط هذه الحوالة أن يكون للمحيل على المحال عليه مثل ما أحال به قال القاضى أبو محمد لان حقيقة الحوالة بيع الدين الذى للمحال بالدين الذى للمحيل ويحول الحق من ذمة الى ذمة وذلك يقتضى أن يكون هنالك دين تحصل المعاوضة به هذا مذهب مالك وجمهور أصحابه غير ابن الماجشون فان الحوالة تصح عنده وان لم يكن للمحيل على المحال عليه شئ اذا كانت بلفظ الحوالة ووجه ذلك أن التزامه للحوالة يثبت حق المحال فى ذمته وتبرأ ذمة المحيل ويلزمه على قوله أن يعتبر فى هذه الحوالة رضا المحال عليه والله أعلم * قال القاضى أبو الوليد والأظهر فى هذا انه اذا لم يكن للمحيل على المحال عليه مثل ما عليه للمحال فهو من الدين بالدين أو من باب الضمان والكفالة والدين بالدين محرم وذلك ان المحال يبيع من المحال عليه دينه على المحيل بدين يثبته فى ذمته وتبقى ذمة المحيل والمحال عليه مشغولتين وكل واحد من الدينين عوض عن الآخر وذلك لايجوز فلذلك لم يصح أن يكون له حكم الحوالة ولزم أن يحمل على حكم الضمان والكفالة الذى طريقه المعروف ولا يشغل ذمة الضامن ما على المضمون الا على وجه القرض والرفق لا على وجه المعاوضة وأما الحوالة فليست من باب الدين بالدين اذا قلنا انها لاتصلح الا من دين ثابت للمحيل على المحال عليه وذلك ان المحيل تبرأ ذمته بنفس الاحالة والله أعلم وقد احتج ابن الماجشون فى ذلك بان الحوالة تلزم وان لم تكن من أصل دين كالو قال بع منه ثوبك والثمن على فهذا مثله كأنه قال اعطه من مالك كذا وهو لك على وهذا أيضا ليس من باب الحوالة وانما هو من باب حمل الثمن عنه والله أعلم (مسئلة) واذا كان ذلك على ما ذكرناه برئت ذمة المحيل من دين المحال ولم يكن له عليه رجوع وان مات المحال عليه مفلسا وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة يرجع على المحيل وان مات المحال عليه مفلسا أو جحد الحق والدليل على مانقوله هذا الحديث وهو قول النبى صلى الله عليه وسلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع شرط الملاءة فى الحوالة وذلك يقتضى انه لارجوع على المحيل ولو كان للمحال عليه رجوع لما كان لشرط الملاءة معنى لانه لايخاف تلف دينه بافلاسه ودليلنا من جهة المعنى أن هذه حوالة برئت ذمة المحيل بها فلم يكن للمحال رجوع على المحيل أصل ذلك اذا لم يتغير حاله (مسئلة) ولو أحاله بثمن سلعة باعها على المشترى وهو موسر ثم استحقت السلعة أو ردت بعيب فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم الحول ثابت عليه يؤديه ويرجع به المحيل على البائع منه قال وبلغنى عن مالك وقال أشهب الحول ساقط ويرجع المحال على المحيل ولو كان قد قبض ما احتال به لرجع عليه من دفعه اليه ووجه قول مالك وابن القاسم ان الحوالة عقد لازم فلا ينقض فى حق المحال باستحقاق سلعة لم يعاوض بها وفيما قبضه ووجه قول

أشهب ان الحوالة عقد ثبت بين المحيل والمحال ومن شرطها أن يكون للمحيل مثل ذلك على المحال عليه فاذا استحقت السلعة التي ثبت فيها الحق عليه وجب أن يبطل ولم ينعقد بين المحال والمحال عليه عقد يلزم لانه لا يعتبر رضى المحال عليه وانما يقبض المحال ما كان للمحيل فباستحقاق السلعة المبيعة يستحق المحال عليه على المحيل رد ما دفعه اليه أو تبرأ ذمته منه ان كان لم يدفعه واذا لم يعتبر رضى المحال عليه فان دفعه الى المحال دفعه الى المحيل ولو استحقت السلعة لم يستحق عليه المحيل بقبض ثمنها فكذلك من يدفعه اليه بسببه قال ابن المواز هذا أحب الى وهو قول أصحاب مالك كلهم وذلك بمنزلة مالو بيع على مفلس أو ميت متاعه وقبض غرماؤه من متولى البيع أو المشترى لحوالتهم عليه ثم استحق ما بيع رجع المشترى بالثمن على من قبضه (فرع) ولو باع عبدا بمائة فتصدق بها على رجل وأحاله بها وأشهد له بذلك ثم استحق العبد أو رد بعيب فقد روى أصبغ وابن زيد عن ابن القاسم في العتبية انه ان قبض المتصدق عليه الثمن وفات عنده لم يرجع عليه بشيء ويرجع المشترى على البائع كالو قبضها المتصدق ثم تصدق بها ولم تفت بيد المعطى أخذها منه المشترى ولا شيء للمعطى (مسئلة). ولو غر المحيل المحال من حال المحال عليه وقد علم بافلاسه كان للمحال الرجوع عليه خلافا للشافعي والدليل على مانقوله قول النبي صلى الله عليه وسلم واذا اتبع أحدكم على ملىء فليتبع فشرط الملاءة وهذا غير ملىء ولان افلاس الغريم عيب فيما تعلق بذمته فاذا دلس به المحيل كان له الرجوع عليه كسائر العيوب (فرع) وهذا ان علم انه قد غره في الدين أو غير ذلك فان جهل أمر المحيل في ذلك فقد قيل لمالك فعلى الغريم شيء قال ينظر القاضي فيه فان كان يتهم في ذلك أحلفه ومعنى ذلك انه ان كان ممن يظن به انه يرضى بمثل هذا احلف انه ماعلم منه مايغره به (فرق) والفرق بين فلس المحال عليه وبين سائر العيوب التي ترد بها السلع المعيبة وان لم يعلم بها البائع من ثلاثة أوجه أحدها ان العيب في السلعة المبيعة انما هو عيب في نفس العوض وفلس المحال عليه انما هو عيب في محل العوض لا في نفس العوض والثاني ان الحوالة انما هي بمنزلة بيع البراءة فلا يرجع من العيوب الا بما علمه البائع وعلى هذا التوجيه يجب اليمين على المحيل انه ماعلم بفلسه ولا غر به على الظاهر من مذهب مالك وعلى رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في بيع البراءة لا يجب عليه يمين الا أن يدعى ذلك المحال والوجه الثالث ان الذمم مما ظاهرها انها لا تعلم فصارت كالمبيع الذي لا يعلم باطنه لا يرد بالعيب الا أن يعلم ان البائع دلس به فعلى هذا لا يمين على المحيل اذا لم يثبت انه علم بالفلس فيرجع المحال عليه أو يتهم بذلك فيحلف ولعله معنى قول مالك قبل هذا (مسئلة) واذا كانت الحوالة على من لا دين عليه وقلنا بقول مالك فان كانت بسبب عقد فانها تلزم عند مالك وأصحابه وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل بع من فلان سلعتك هذه وعلى حقك وقال الآخر لفلان اعمل عمل كذا وحقك على وفي الواضحة من تحمل عن ناكح صداقه في عقد نكاحه فهو له لازم في حياته وبعد مماته قاله ابن القاسم في الواضحة وقال في المدونة ان ذلك له عند مالك (مسئلة) وأما اذا لم ينعقد بسببه عقد ولم يكن للمحيل على المحال عليه شيء فهي على الاطلاق حمالة عند جميع أصحابنا سواء كانت بلفظ الحوالة أو الحمالة الا ماقاله ابن الماجشون انها اذا كانت بلفظ الحوالة فلها حكم الحوالة وان لم تكن بلفظ الحوالة فهي حمالة فان مات المحال عليه مفلسا أو فلس في حياته ففي كتاب محمد عن ابن القاسم فيمن أحال رجلا على رجل ليس له عليه دين وشرط انى برىء بذلك وثق بصحيفته قال ذلك لازم له وله شرطه قال محمد الا ان أفلس المحال عليه قبل أن يقضى المحال فان المحال يرجع على المحيل لان

المحال عليه لو قضاه لرجع بما قضاه على المحيل ورواه أشهب عن مالك والذى فى المدونة عن ابن القاسم انه ان لم يكن للمحيل على المحال عليه شئ وشرط فى الحوالة انه برئ من المال وقال الذى له الحق أحلنى عليه وأنت برئ من المال فانه ان علم المحال انه لاشئ له عليه فرضى بالحوالة وأبرأ المحيل لم يكن له أن يرجع عليه وأخذ باقراره وان لم يعلم فله الرجوع بأثر ذلك وروى ابن وهب عن مالك فيمن قال لرجل أنا لك بمالك قبل فلان فخرق ذكر الحق عليه واطلبنى دونه ولم تكن حوالة من دين كان للغريم على القابل فاشهد الرجل بذلك عليه وشق الصحيفة وطلبه بذلك الحق حتى أفلس أو مات مفلسا فانه يرجع على غريمه لان المتحمل وعد الغريم أن يسلفه ولا يثبت له ذلك على الغريم حتى يقضى عنه فقد اتفق قول أصحابنا وروايتهم عن مالك غير ابن الماجشون على أن له الرجوع فى الفلس فرواية ابن المواز عن ابن القاسم موافقة لذلك وقوله فى المدونة ظاهره خلاف هذا ان المسئلة اذا علم المحال وأبرأ حكم الحوالة المحضة وانه لا يرجع ولم يذكر فلسا ويحتمل أن يكون قوله مخالفا لما تقدم من قول غيره ويحتمل أن يكون موافقا لهم وانه أطلق اللفظ فى المدونة وقيده فى الموازية (مسئلة) فاذا قلنا بقول مالك وجمهور أصحابه أنه يرجع فى الفلس فهل له الرجوع مع اليسار روى أشهب عن مالك ليس له الرجوع على المحيل ما لم يفلس أو يمت المحال عليه وروى عيسى عن ابن القاسم فى الذى يقول للرجل علىّ حقك ودع صاحبك لا تكلمه فان الحق علىّ فان كان المحيل مليأ فالمحال بالخيار بينه وبين المحيل وجه رواية أشهب عن مالك انه قد أبرأ المحال المحيل من دينه بشرط أن يقبضه من المحال عليه فلا رجوع له على المحيل الا بأن يتعذر قبضه ممن يضمن دفعه اليه فيرجع عليه لانه لم يتعلق دينه بذمة المحال عليه تعلقا من أجل معاوضة وانما تعلق بها تعلقا من جهة مكارمة فلم يلزمه بالفلس ولا بالموت ولزمته مع اليسار مدة الخيار ووجه رواية عيسى عن ابن القاسم انها على وجه الحمالة لانه لم يوجد منه ابراء فى انتقاله الى مطالبة المحال عليه وانما وجد منه ما يقتضى الاستيثاق من حقه والكف عن مطالبته مع بقاء حقه عليه لانه لم ينقله الى مستحق عليه وانما تعلق حقه بمكارم فكان له أن يطالب من عليه الحق ما لم يوجد الاستيفاء من غيره (مسئلة) واذا علم بين الطالب والغريم مقابحة ومعاداة وامتناع بسلطان فقال الطالب لمن استحال عليه لا أطلب به غريمى وحقى عليك ففى كتاب ابن حبيب من رواية مطرف عن مالك الشرط جائز وحقه عليه حضر الغريم أو غاب فى عدمه وملائه الا أن يشاء أن يرجع الى غريمه رواه ابن القاسم عن مالك وقاله أصبغ وابن عبد الحكم قالا وكان ابن القاسم انما يقوله فى القبيح المطالبة أو ذى السلطان ونحن نراه فى كل أحد اذا بين وحقق وقال ابن الماجشون الشرط باطل وهى حمالة لا يطالبه الا فى غيبة الغريم أو عدمه حتى يسمى الحوالة وجه رواية مطرف وابن القاسم عن مالك انه أمر لازم للمحيل لأنه التزم أن يأخذه بحقه دون الغريم ووجه قول ابن الماجشون ان هذا الشرط لا يلزم الا اذا اسقط الخيار فى الرجوع على الغريم ويثبت لما عقداه حكم الحوالة بالتلفظ بها (مسئلة) ولو أن الغريم ذهب بصاحب الحق الى غريم له فأمره بالأخذ منه وأمر الغريم بالدفع اليه فيقضيه البعض أو لا يقضيه شيأ وقد تقاضاه فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم ان للطالب الرجوع على الاول لان هذا ليس باحتيال ويقول انما أردت أن أكفيك التقاضى وانما وجه الحق أن يقول أحيلك بحقك على هذا وأبرأ اليك بذلك (مسئلة) ولو أحلت رجلا على غريم بدين له عليك ثم تبين أنه ليس لك عليه الا بعض ما أحلته به ففى العتبية من

سماع ابن القاسم ان قابل مالك عليه فهو حول وهو فى الباقى حيل ووجه ذلك ماقدمناه (مسئلة) ومن شرط ذلك أن يكون الدين قبل الحوالة فلو أحلته ولا شيء لك على المحال ثم قضيت المحال عليه ثم فلس أومات كان له الرجوع عليك وان قلت كانت حمالة ثم صارت حولا ففى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم له الرجوع على المحيل ثم يرجع المحيل على المحال عليه بما دفع اليه ووجه ذلك انه لما كان عقد الحوالة معناه الحمالة ثم دفع المحيل الى المحال عليه مالا يؤديه عنه بسبب تلك الحمالة وهذا لا ينتقل بما عقداه الى الحوالة ولا يخرجه عن مقتضاه (مسئلة) ويجوز أن يستحيل من معجل على معجل ومؤجل ولا يجوز أن يستحيل من مؤجل على معجل ولا مؤجل ووجه ذلك انه اذا كان دينه قد حل فاستحال منه على معجل أو مؤجل فانه جائز لانه فى المعجل بالمعجل حوالة جائزة وقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم واذا اتبع أحدكم على ملىء فليتبع واذا استحال منه على مؤجل فهو معروف منه محض لان له أن يتعجل حقه من المحيل أو المحال عليه ان أفلس المحيل فليس فيه غير مجرد المعروف واذا كان دينه مؤجلا لم تكن له المطالبة به واذا أحيل منه على دين معجل فهو من ضع وتعجل واذا أحيل به على دين معجل فهو من حط عنى الضمان وأزيدك والدين وان كان عينا فليس بحقيقة العين لانه متعلق بالذمم والذمم لا تتماثل ولو كان لها حكم العين لما جازت الحوالة الامع التقابض فى المجلس فهو كمن أخذ بدينه قبل حلول أجله من جنسه بما هو أقل أو أكثر أو أجود أو أردأ لتعذر تماثل الذمم ومثل هذا يجوز عند الأجل من جنس دينه أقل منه أو أكثر أو أدنى أو أعلى ص

﴿ مالك عن موسى بن ميسرة أنه سمع رجلا يسأل سعيد بن المسيب فقال انى رجل أبيع بالدين فقال سعيد لا تبع الا ما آويت الى رحلك ﴾ ش قوله للرجل لا تبع الا ما آويت الى رحلك يريد ماقد قبضته وصار عندك ومعنى ذلك ان هذا الرجل قد أقر أنه ممن يداين الناس ويبيع منهم بالدين فنهاه عن أن يبيع منهم مالم يملكه بعد أو ما يشتريه بعد موافقة المبتاع منه على بيعه منه بثمن يتفقان عليه فيشتريه من أجل ذلك وربما لم يستتم قبضه من بائعه منه ويولى قبضه المبتاع ممن باعه من هذا السائل لانه له اشتراه فيكون كأنه أسلفه ثمنه الذى ابتاعه به فى ثمنه الذى باعه به منه وهو أكثر منه فقال له سعيد لا تبع انى كنت من أهل هذا الصنف وعرفت بمثل هذه الحال من التجارة الا ماقد تقدم ابتياعك له وصح ملكك له وتم ذلك بالقبض له فان ذلك أبعد من الذريعة التى يخاف عليك مواقعتها وتعلق تبايعك بها ولا تعلق لشيء من ذلك ببيعك ماتقدم ملكك له وقبضك اياه والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلا يخلو أن يكون البيع الأول والثانى بالنقد أو يكونان على التأجيل أو يكون الأول بالنقد والثانى بأجل أو يكون الاول بالأجل والثانى بالنقد فان كانا جميعا بالنقد فلا يخلو أن يقول له اشتر هذا الثوب ولا يعين لمن يشتريه أو يقول اشتره لى أو يقول اشتره لنفسك فان قال اشتر هذا الثوب بعشرة وهو لى بأحد عشر ففى كتاب محمد يكره هذا وليس هذا من بيوع الناس وقال محمد ان كان بالنقد كله وهما حاضران فذلك جائز وان دخله تأخير ودخلته الزيادة فى السلف ووجه قول مالك انه لما كان هذا اللفظ يستعمل على وجه الابتياع وهو قوله وهو لى بأحد عشر وجمع ذلك كله فجعله ثمنا للبيع كره ذلك ومنع منه لان معناه أن يبتاعه لنفسه بعشرة ثم يبيعه منه بأحد عشر فهو بيع ماليس عنده وكذلك قال ابن حبيب فى الذى يقول له اشتر سلعة كذا وأنا أربحك فيها كذا أو أنا أربحك فيها ولا يسمى شيأ فلا يجوز لان ذكر الربح يقتضى ان المأمور يشتريه لنفسه ولو قال اشتره بعشرة ولك دينار قال مالك ذلك جائز وضمانه من الآمر لانه جعل الدينار جعلا للمأمور لما لم يكن فى

وحدثنى مالك عن موسى ابن ميسرة أنه سمع رجلا يسأل سعيد بن المسيب فقال انى رجل أبيع بالدين فقال سعيد لا تبع الا ما آويت الى رحلك

اللفظ ما يمنع ذلك بظاهره ولا بصريحه ووجه قول ابن المواز مراعاة المعنى دون اللفظ لفقد التميز اذا كان البيعان بالنقد (فرع) فاذا قلنا انه لا يجوز فيجب فسخ البيع الثانى (مسئلة) ولو قال له ابتع لى هذا الثوب وأنا أبتاعه منك بربح كذا فى كتاب محمد عن مالك ذلك جائز وهو جعل ولا خير فيه الى أجل وقول العتبية عن مالك فيمن قال لرجل ابتع لى هذه السلعة بعشرة وهى لى باثنى عشر فان استوجبها الآمر والثمن نقدا فلا بأس بذلك والزيادة على العشرة جعل قال ابن القاسم وذلك ان لم ينتقد الثمن من عنده أو نقده بغير شرط فان نقده بشرط رد الى جعل مثله ما لم يكن أكثر من الدرهمين كالبيع والسلف ووجه ذلك انه اذا قال له اشترها فظاهره ملك الآمر لها وان الابتياع له ولما احتمل أن يكون معنى اشترها لى لتبيعها منى شرط فى رواية العتبى عن مالك أن يستوجبها للبائع فيكون ضمانها منه ويكون ما زاده من الدينارين جعلا للمأمور فى تناول ابتياعها له وشرط أن لا يشترط عليه النقد لانه ان شرط ذلك عليه كان بيعا وسلفا مشترطا (مسئلة) ولو قال اشترها لنفسك بعشرة نقدا وأنا أشتريها منك باثنى عشر نقدا أو الى أجل قال ابن حبيب لا يجوز ذلك ووجه ذلك انه اذا شرط أن يكون المشترى يشتريها لنفسه ثم يبيعها منه لم يحتمل هذا الجعل وكان قد باع منه ما ليس عنده وذلك غير جائز بثمن معجل ولا مؤجل (فرع) فان وقع ذلك قال ابن حبيب يفسخ الشراء الثانى لان البائع باعها قبل أن تجب له

(فصل) وان كانت البيعتان الى أجل وذلك أن يقول له ابتع وان كانت البيعة الاولى بالنقد والثانية الى أجل فهذه أشد الوجوه فسادا لما فى ذلك من العينة وقد قال مالك فى الموازية فيمن سأل رجلا أن يبيع منه شيأ فيقول ابتاعه لك فيراوضه على الربح ثم يشتريه فيبيعه منه الى أجل ان هذه هى العينة المكروهة وكذلك لو قال له ابتع لى سلعة كذا وأربحك فيها كذا الى أجل فكأنه دفع ذهبا فى أكثر منها (فرع) فان وقع ذلك ففى العتبية الذى يقول للرجل ابتع لى هذه السلعة بعشرة وهى لى باثنى عشر مؤجلة أنه ان أراد بذلك ايجابها للآمر على أن ينتقدها عنه المأمور ويبيعه منه باثنى عشر ان ذلك يفسخ ما لم تفت فان فاتت لزمت الآمر بعشرة نقدا ويسقط ما زاد لانه ضمنها حين قال له وقال ابن حبيب اذا وقع لزمت السلعة الآمر بعشرة مؤجلة وهى التى نقدها عنه المأمور وله جعل مثله ومعنى ذلك ان هذا استأجره على أن يبتاع له السلعة بدينارين على أن يسلفه المأمور عشرة دنانير الى أجل وقد قال ابن القاسم ان هذه زيادة فى السلعة وقوله ان هذا يفسخ ما لم تفت السلعة يريد تفسخ الاجارة والسلف فترجع السلعة الى المأمور لان دين البائع فيها قد لزم فان فاتت السلعة حكم على الآمر بما أسلفه المأمور وذلك عشرة دنانير تعجل لان التأجيل كان بسبب عوض قد بطل ومعنى قول ابن حبيب ان البيع لا يفسخ وان لم تفت السلعة لان عمل الاجارة قد كمل وفات نقض عقد الاجارة فيلزم الآمر السلعة وعليه ثمنها الذى استسلفه وجعل مثل المأمور فيما ابتاع به ونحوه قال ابن المواز (مسئله) وان قال اشترها بعشرة نقدا وأنا أشتريها منك باثنى عشر دينارا الى سنة فان ذلك أيضا مما لا يجوز قال ابن القاسم فى العتبية فان وقع ذلك لزمت الآمر باثنى عشر الى سنة لان مبتاعها ضمنها قبل أن يبيعها منه وقاله مالك ومعنى ذلك والله أعلم ان لم يظهر على ذلك الا بعد أن باعها المأمور من الآمر بيعا مستأنفا فكره ذلك لما تقدم فيه من الموعد ولم يفسخ لانه لم يكمل بينهما فى ذلك بيع ولذلك قال مالك وأحب الى أن يتورع المأمور عن الزائد على العشرة وأما فى الحكم فيقتضى له باثنى عشر وقد قال مالك فى المجموعة من رواية ابن القاسم عنه فى الذى يقول اشترهذا المبتاع وأنا ابتاعه منك بربح يسميه الى

أجل أن ذلك مكروه ومعنى ذلك ماقدمناه من أن يراعى عدم ابرام العقد ولزومه فان كان على الموعد فهو مكروه ولا ينتقض وان ذكر الربح وسماه وان كان على اللزوم فهو حرام وهو الذى ينقض وقد روى ابن المواز عن مالك فى الذى يقول للرجل اشتر هذا المتاع أبتاعه منك بربح الى أجل ولم يتراوضا على ربح يريد لم يقطعا سوما ثم عاد اليه فباعه منه الى أجل أنه مكروه والا يفسخه ان نزل فراعى فى هذه الرواية عدم ذكر تقدير الربح وقال ابن حبيب ان قال له اشتر سلعة كذا وأنا أربحك أكثر أو قال أربحك ولم يسم ربحا ان ذلك لا يجوز ويحتمل أن يريد به الكراهية من أجل الموعد فقد كره مالك فى ذلك العادة أو الموعد بأن يقول له ليس عندى ولكن عد الى أشتره لك ولو اشتراه من أجله ثم يبيعه من غير موعد ولا عادة فلا بأس بذلك

(فصل) ولو كان البيع الاول بأجل والثانى بالنقد وهو مثل أن يقول الرجل لآخر ابتع لى هذه السلعة الى أجل بخمسة عشر وأنا أبتاعها منك بنقد بعشرة أو لم يقل لى فقد روى عن مالك انه لا يعجبه ذلك وكرهه ووجه ذلك أن هذا اللفظ يحتمل أن يستعمل فى بيع ماليس عنده وان المبتاع الآخر أقرض الاول عشرة ليدفعها عنه عند الاجل الى بائع السلعة ويزيد من عنده خمسة (فرع) فان وقع ذلك فقد قال محمد ان قال ابتعه لى لزم الآمر ما ابتاع له به ولا يجوز أن يلزمه نفسه بأقل نقدا ولا بأكثر تأخيرا ولو دفع اليه العشرة ليدفع عنه الخمسة عشر الى أجل ردت اليه العشرة وبقيت الخمسة عشر على الآمر الى الاجل لأن قوله اشتره لى يقتضى ملك الآمر لها بنفس العقد ويحتمل ذلك قوله اشترها ولا تقل لى (مسئلة) ولو قال اشترها لنفسك بخمسة عشر مؤجلة وأشتريها منك بعشرة نقدا (١)

ص ﴿ قال مالك فى الذى يشترى السلعة من الرجل على أن يوفيه تلك السلعة الى أجل مسمى اما السوق يرجو نفاقه واما الحاجة فى ذلك الزمن الذى يشترط عليه ثم يخلفه البائع عن ذلك الاجل فيريد المشترى رد تلك السلعة على البائع ان ذلك ليس للمشترى وان البيع لازم له وان البائع لو جاء بتلك السلعة قبل محل الاجل لم يكره المشترى على أخذها ﴾ ش وهذا على ما قال فى الذى يشترى السلعة من الرجل يريد بالشراء ههنا السلم فمن أسلم فى سلعة الى أجل مسمى لغرض كان له فيها عند ذلك الاجل فيخلفه البائع عند ذلك الاجل ويأتى بها عند استغناء المسلم عنها فانها تلزم المسلم وليس له ردها لأنها بمنزلة الدين على البائع فاذا أخر الدين عن محله لم يجب بذلك استحالة جنس الدين ولا نقله الى غيره ولا نقض العقد الذى كان سبب ثبوته فى ذمته وقد قال مالك فى الرجل يكترى الدابة ليخرج بها من الغد الى موضع اضطر الى الخروج اليه فيخلف المكرى ويفر بدابته ويكريها من غيره ثم يعود اليه بعد مدة وقد استغنى المكترى عنها أنه ليس له الا ركوب الدابة وعليه الكراء الذى عقد به (مسئلة) ولو رفع المكترى أمره الى الامام وكان اكترى منه راحلة غير معينة اكترى على المكرى راحلة تخرج بها وان كان اكترى منه راحلة معينة لم يكن له أن يكرى عليه راحلة وانما يكون له أن يبقى على الكراء أو ينتقد الى المكرى ان كان قريبا وان كان بعيدا يلحقه الضرر بانتظاره واختار المكترى الفسخ فسخ بينهما لما فى ذلك من الضرر عليه (مسئلة) وهذا اذا كان الكراء لم يتقدر بزمان فان تقدر بزمان فات الكراء بفوات الزمن وان تعلق بقطع مسافة أو بنفس العمل فانه على ضربين أحدهما أن لا يتعلق بزمن معين والثانى أن يتعلق بزمن معين فان كان لا يتعلق بزمن معين كالكراء من مصر الى افريقية أو الشام فهذا لا يفوت بمغيب أحد المتكاريين وان طالت المدة والكراء

* قال مالك فى الذى يشترى السلعة من الرجل على أن يوفيه تلك السلعة الى أجل مسمى اما السوق يرجو نفاقها فيه واما الحاجة فى ذلك الزمان الذى اشترط عليه ثم يخلفه البائع عن ذلك الأجل فيريد المشترى رد تلك السلعة على البائع أن ذلك ليس للمشترى وان البيع لازم له وان البائع لو جاء بتلك السلعة قبل محل الأجل لم يكره المشترى على أخذها

بينهما ثابت مالم يفسخه امام على ماتقدم (مسئلة) وأما ما يتعلق بإبان فعلى ضربين أحدهما يتعلق بإبان لا يمكن الا فيه كا كتراء السفن فى البحر والثانى أن يتعلق به على وجه ما من صفة ذلك العمل لا يمكن الا فى ذلك الابان كا كتراء الحاج الى مكة وا كترائهم من مكة الى منى وعرفة فأما الضرب الاول فلا خلاف فى المذهب انه يفوت بفوات الابان لا بفوات الوقت المعين وذلك يجرى مجرى السلم فى الرطب ليقبض فى يوم معين من ابان الرطب فانه لاخلاف فى أنه لا يفوت بفوات ذلك اليوم المعين وهل يفوت بفوات الابان وقد تقدم ذكره وأما الضرب الثانى وهو ا كتراء الحاج الى مكة ومنى وعرفة والذى نص عليه مالك فى المدونة وغيرها وعليه أكثر أصحابنا ان الكراء ينفسخ لأنه عمل له ابان فوجب أن تنفسخ الاجارة عليه بفوات وقته ككراء السفن وروى ابن المواز عن مالك رواية أخرى أنه ان نقد الكراء فى الحج فاحب الى أن يتأخر الكراء الى عام قابل ولا يؤمر بالرد وان لم ينقد فجاز فسخه ثم رجع مالك فى الحج فقال يفسخ بينهما وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم انه مخير ان شاء بقى الى قابل وان شاء فسخ الكراء وجعل ذلك محمد فى قوله بالفسخ كالكراء لأيام معينة * قال القاضى أبو الوليد وعندى انه ليس ذلك من باب التعيين لأن تعيين الايام للكراء انما هى ان يتقدر العمل بها وانما جاز ذلك لما نذكره بعد هذا ان شاء الله * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وهذا عندى لا ينفسخ بخروج أول الناس وانما ينفسخ بغيبة المكرى عنه فى وقت يعلم انه ان تأخر عنه فاته الحج على السير المعتاد والله أعلم (مسئلة) ومن سلم فى ضحايا ليوفى بها عيد الاضحى فغاب عنه المسلم اليه وأتاه بها بعد فوات الاضحى فقد قال فى بعض الاقوال يبطل السلم وقد اختلف قول مالك وأصحابه فيمن سلم فى الفاكهة الرطبة ففات ابانها قبل قبضها أو قبض بعضها ففى المدونة عن مالك انه كان يقول يتأخر الى ابانه من السنة الثانية ثم رجع عن ذلك فقال لا بأس أن يأخذ بقية رأس ماله ومعنى ذلك والله أعلم أن له أن يؤخر أو يعجل وكذلك رواه ابن حبيب عن مالك قال ابن القاسم ومن طلب التأخير منهما فذلك له الا ان يجتمعا على التعجيل فذلك جائز قال سحنون ليس لواحد منهما الفسخ ومابقى ففى ذمته الى قابل قال أشهب لا يجوز التأخير وليس له الا رأس ماله وقال أشهب من شاء المحاصة فذلك له الا أن يتفقا على التأخير وجه قول مالك الأول أنه يتأخر الى قابل وهو الذى اختاره سحنون وانه لا يجوز الفسخ لأنه عقد قد ثبت بينهما ولزم فى الأعيان فلا ينتقل ما عقدا عليه الى غيرها كما لو أعسر البائع المسلم اليه فيحتمل مسئلة الكراء للحج أن تكون مخالفة لهذه لانها تتوقت بالشرع وهذه لا تتوقت بالشرع وانما تتوقت بالامكان من القضاء ويحتمل أن يخالفها لان العقود على المنافع مخالفة للعقود على الأعيان فيما يتعلق بفوات الابان ولذلك فسخ الكراء بينهما فى المراكب بفوات الابان ولو اشترى منه مركبا أو سلم اليه فيه ففات وقت الانتفاع به لم يكن غيره ووجه الفرق بينهما ان منافع الأعيان يجوز أن يعقد منها على مالم يوجد مما يختص بعين واحدة والاعيان لا يجوز ذلك فيها لان عقودها مبنية على اللزوم على كل حال فلذلك لم يجز للبائع أن يبيع منها شيأ فى ذمته الا ما يعلم انه لا يكاد يعدمه لكثرة جنسه وسعة ما يتعلق به وأما قول أشهب فلا يجوز عنده الا الفسخ والتعجيل ووجه ذلك انه مخير بين أمرين لا يجوز أن يكون أحدهما عوضا للآخر على وجه ما يخير فيه فلم يصح ذلك كما لو اشترى منه ثمرة نخلة من عشر نخلات على أن يختار المبتاع وذلك انه لا يجوز اذا كان له عليه دين أن يعاوضه فى رطب الى عام قابل فلذلك لا يجوز أن يخير بين تأخير دينه وبين ابقاء ثمرته عليه الى

عام قابل ولا يجوز أن يلزم بقاؤها الى عام آخر لما فى ذلك من الضرر على المبتاع بتأخير ماله عليه كما لا يلزمه ذلك فى كراء السفن وقد اتفق ابن القاسم وأصبغ وقول مالك الذى رجع اليه على التخيير بين الأمرين ووجه ذلك انه حق لأحد العاقدين لما فيه من الضرر اللاحق بهما أو بأحدهما فكان كالعيب يجده بالمبيع فله رده وله ابقاؤه ولو اشترى رجل جارية من أعلى الرقيق فتواضعاها ثم اطلع المشترى على عيب بها لكان له الرضا بها وانتظار قبضها اذا انقضت مواضعتها أو ردها الآن معجلا فكذلك فى مسئلتنا مثله وهذا حكم كراء السفن اذا فات ابان جريها لانه لم يجب على من له الحق الفسخ وانما وجب له ذلك (٢) (فرع) واختلف قول القائلين بالتخيير فقال ابن القاسم من شاء التأخير فذلك له وقال أصبغ من شاء التعجيل فذلك له وجه قول ابن القاسم ان الضرر يلحق من أراد التأخير بالتعجيل كما يلحق من أراد التعجيل بالتأخير وقد انعقد سلمهما بعين المسلم فيه فلا ينتقلان عنه للضرورة لاتفاقهما عليه لان فى نقلهما عنه مضرة لاحقة لمن كره التعجيل ونقل عين المبيع الى غيره ولانه اذا استوت الضرورة كان البقاء على حكم العقد أولى كما يلزم اذا لم يكن فى احدى الجهتين ضرورة ووجه قول أصبغ ان العقد مبنى على التعجيل فالضرر اللاحق بالتأخير مخرج عن حكم العقد فكانت مراعاته أولى من ضرر لا يخرج عن حكم العقد بل يرد اليه لانا نعلم ان المسلم اليه يلحقه ضرر بتسليم ما عليه من المسلم فيه لا سيما مع ضيق حاله ولكنه ضرر يقتضيه العقد فلا اعتبار به ولا يغير له شئ من حكم العقد (فرع) وقول مالك لا بأس أن يأخذ بقية رأس ماله ذكر الشيخ أبو محمد عن بعض شيوخه ان معناه اذا تراضيا وهذا غير صحيح من جهة النقل لان ابن حبيب روى عن مالك انه قال للمشترى أن يؤخر أو يعجل فهذا قول آخر فى التخيير وهو أن يكون مقصورا على المبتاع ووجهه ان الضرر يختص به فى تأخير ماله عليه تعجيله وهذا غالب الحال فكان الخيار مختصا به كمكترى السفينة وواجد العيب بالمبيع فيه المواضعة وفى كتاب محمد عن ابن القاسم مثل هذا السؤال الذى ذكره ابن حبيب عن مالك وقد تقدم وجهه (مسئلة) اذا قلنا انه يفسخ بينهما البيع فقد قال ابن أبى زمنين ان تحاسبا فجائز أن يأخذ بقية رأس ماله ما شاء معجلا حاشا الطعام لانه يدخله فى معنى قول مالك اقتضاء طعام معجل فى طعام مؤجل اذا كان له أن يؤخره الى قابل بالثمرة فتركها وأخذ مكانها طعاما كذلك قال ابن حبيب وقد خففه أصبغ فى الطعام على اقرار منه بالمعنى فيه وفى كتاب محمد يأخذ فيما لا يقطع ابانه من العنب زبيبا أو عنبا اشتريا رطلا برطلين بعد العلم بما بقى من الثمن وكذلك من سلم فى لحم ضأن فانقطع ابانه فان له أن يأخذ بباقى سلمه لحم بقر أكثر أو أقل نقدا يقبض جميعه مكانه فاما على أن يأخذ كل يوم منه ما شاء فلا يجوز ذلك قال الشيخ أبو محمد يريد محمد على قول من يرى أن ليس لهما الا المحاسبة فيما ليس لحائط بعينه وروى عن ابن القاسم ابن الكاتب انما يقع ما ذكره اذا حكم بالفسخ أو أشهد بالفسخ فحينئذ يأخذ لها من غير نوعه أقل أو أكثر للخلاف الذى فى أصل المسئلة وما فيه خلاف فانه يحتاج الى حكم أو اشهاد وقال الشيخ أبو محمد عبد الحق لا اعتبار بالاشهاد ولا تأثير له وانما الاعتبار بحكم الحاكم ص ﴿ قال مالك فى الذى يشترى الطعام فيكتاله ثم يأتيه من يشتريه منه فيخبر الذى يأتيه أنه قد اكتاله لنفسه واستوفاه فيريد المبتاع أن يصدقه ويأخذه بكيله ان ما بيع على هذه الصفة بنقد فلا بأس به وما بيع على هذه الصفة الى أجل فانه مكروه حتى يكتاله المشترى الآخر لنفسه وانما كره الذى الى أجل لانه ذريعة الى الربا وتخوف أن يدار ذلك على

* قال مالك فى الذى يشترى الطعام فيكتاله ثم يأتيه من يشتريه منه فيخبر الذى يأتيه انه قد اكتاله لنفسه واستوفاه فيريد المبتاع أن يصدقه ويأخذه بكيله ان ما بيع على هذه الصفة بنقد فلا بأس به وما بيع على هذه الصفة الى أجل فانه مكروه حتى يكتاله المشترى الآخر لنفسه وانما كره الذى الى أجل لأنه ذريعة الى الربا وتخوف أن يدار ذلك على

هـذا الوجـه بغـير كيل ولا وزن فان كان الى أجـل فهو مكر وه ولا اختلاف فيه عندنا ﴾ ش
وهـذا كما قال ان شراء الطعام بالنقد اذا رضى المبتاع أن يصـدق البائع فى كيـله أو وزنه ان كان موزونا فانه جائز وان كان قد روى ابن حبيب عن القاسم بن محمـد وغيره استثقاله وقال مالك وانما كره ذلك اذا بيـع بالتأخـير والذريعة فيه أبين فعلى تأويل مالك لا يتعلق كراهيتهم له بالنقد بل ذلك جائز بالنقد دون النساء وذلك انه ليس فى تصديقه فيما ابتاع بالنقد وجه بين من الذريعة الى أمر مكروه وعلى انه قد ذكر أن الذريعة فى التأخـير أبين وظاهر هذا اللفظ يقتضى ان فى النقـد وجها من الذريعة ليس يفتى به (مسئلة) اذا ثبت ذلك فمن ابتاع طعاما سمى له كيله أو حضر كيله فقد قال ابن المواز وابن حبيب عن أصبغ انه على الـكيل حتى يشترط التصديق ووجـه ذلك ان ضمانه من بائعه وان كان قد اكتاله حتى يكيله المبتاع منه وقد يختلف الـكيل فيفسخ البائع منه اذا اشتراه على مالا يرضى المبتاع (مسئلة) ومن ابتاع طعاما على الـكيل رجع بالتصديق فلا رجوع للمشترى الى الـكيل رواه ابن المواز وابن حبيب عن أصبغ ووجـه ذلك انه قد التزمه على التصـديق وأسقط عن البائع مايلزمه من مؤنة الـكيل والضمان والرجوع بالنقص اليسير الذى يكون من نقص الـكيل ففى هذه الأشياء الثلاثة يؤثر التصديق فلا رجوع للمشترى فيها بعد ان تركها للبائع (مسئلة) وان أراد المبتاع بعد التصديق فيما اشترى على الـكيل وفيما اشترى على التصديق يكيله ان هو بحضرة بينة قبل أن يغيب وكان له ذلك فان وجد نقصا الا يكون من نقص الـكيل مما يشبه الغلط كان له الرجوع به وان غاب عليه قبل البينة فعلى البائع اليمين انه باعه على ماشاهد من كيله وان حلف برىء وان نـكل حلف المبتاع ورجع بمـانقص منـه وان وجد زيادة فى الـكيل فقـد روى ابن المواز عن أشهب من اشترى صبرة على ان فيها كيلا سماه فوجدها تزيد فليرد الزيادة ويلزمه البيع فى الباقى ووجـه ذلك انه لمـا اشتراها على كيل معلوم كان النقص والزيادة للبائع فكما انه لو نقصت رجع على البائع كذلك اذا زادت رد عليـه الزيادة (مسئلة) ومن ابتاع طعاما على التصديق فقال مالك لا يبيعه هو حتى يغيب عليـه ويكيله لانه لم يتم بيعه الا بذلك وقاله ابن كنانة وأجاز ذلك ابن القاسم وابن المـاجشون وأصبـغ قاله ابن حبيب فى الواضحة وجه قول مالك ان الذريعة فى ذلك الى بيـع الطعام قبل استيفائه لانه اذا أراد ذلك صدق البائع ثم باعه ثم أحضر بينة تشهد كيله على المبتاع منه فلا يضره التصـديق ويرجع بمـانقصه ووجه قول ابن القاسم انه قد خرج عن ضمان البائع فجاز له بيعه كما لو اكتاله (مسئلة) ومن ابتاع زقافيـه سمن بقمح جزافا وزعم بائع الزق ان فيـه عشرة أقساط ففى العتبية عن ابن القاسم عن مالك انه كره أن يأخذ السمن بقول صاحبه وبه قال المخزومى واختاره سحنون وقال ابن القاسم ذلك جائز ورواه ابن حبيب عن ابن المـاجشون وأصبغ وجه القول الاول ما احتج به ابن حبيب من انه طعام بطعام غـير ناجز لان له أن يختبر كيله بعد التفرق ووجه قول ابن القاسم ان التصـديق معنى يخرج به الطعام عن ضمان البائع كالـكيل
(فصل) وقوله ومابيـع على هذه الصفة الى أجل فهو مكر وه قال لانه ذريعة الى الربا فان الذى يظهر الينا من جهة المنع أن يكون المبتاع تجوز فى بعض الـكيل لمـا عليـه من الدين رجاء التأخـير بعـد الأجل فيـكون ذلك من وجه هدية المديان ومن ابتاع بنقد فقد سلم من ذلك وأما قوله فهو ذريعة الى الربا فلعله يريد ماذكرناه لان مايترك للبائع من نقص الـكيل زيادة ازدادها من مال المبتاع والله أعلم
(مسـئلة) ويجوز أن يبتاع الرجـل الطعام الى أجل ويصدقه البائع على كيله اذا كان يكيله

هذا الوجه بغـير كيل ولا وزن فان كان الى أجـل فهو مكروه ولا اختلاف فيه عندنا

بالقرب قال عن ابن القاسم فى العتبية اذا كان فى السفر على الميل ونحوه وأما ان كان مما يتأخر كيله الأيام قال محمد عن ابن القاسم أو الى بلد يبلغه لم يجز ووجه ذلك ما احتج به من انه يضمن له البائع المبيع ونقصه المدة الطويلة وقال ابن القاسم فان كان عنده من ذلك الطعام بعينه ما يوفيه النقص جاز ذلك وان لم يكن عنده لم يجز ذلك وان قرب وذلك اذا قال له ما نقص وفيتكه قال ابن المواز واذا قيل له ما نقص فبحسابه وكان ذلك بالقرب فهو جائز سواء شرطاه فى أصل العقد أو اتفقا عليه بعد العقد غير انه لا ينقده الا قدر ما لا يشكان فيه وروى فى المدونة عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة انه مكروه على الاطلاق دون شرط قال لانه ان نقص الطعام كان قد كتب على نفسه ذكر حق للبائع بشئ لم يتم له فهذا لا يصلح ويدخله باب آخر وأبواب من الفساد والوجه الذى ذكره يتخلص منه بان لا يكتب ذكر الحق حتى يكتاله أو يبين فى ذلك الحق انه أخذه على التصديق فى كيله وأما الأبواب الأخر التى ذكرها من الفساد فلعله ما تقدم ذكره لابن القاسم ص ﴿ قال مالك لا ينبغى أن يشترى دين على رجل غائب ولا حاضر الا باقرار من الذى عليه الدين ولا على ميت وان علم الذى ترك الميت وذلك ان اشتراء ذلك غرر لا يدرى أيتم أم لا يتم قال وتفسير ما كره من ذلك انه اذا اشترى دينا على غائب أو ميت أنه لا يدرى ما يلحق الميت من الدين الذى لم يعلم به فان لحق الميت دين ذهب الثمن الذى أعطى المبتاع باطلا قال مالك وفى ذلك أيضا عيب آخر انه اشترى شيأ ليس بمضمون له وان لم يتم ذهب ثمنه باطلا فهذا غرر لا يصلح ﴾ ش وهذا على ما قال لا يجوز أن يشترى دين على غائب وذلك ان الدين الذى على الغائب لا يخلو أن يكون يثبت عليه بشهود عدول أو لا يثبت عليه ذلك الا بدعوى البائع له فان كان لا يثبت عليه الا بدعوى البائع له فلا خلاف فى المنع منه لما فيه من الغرر والخطر لجواز أن ينكر من هو عليه فيبطل ذلك كشراء الآبق وان نقد فيه دخله وجه آخر من الفساد لانه ان أنكره من هو عليه رجع بما نقد فيه وان نقد البيع فيه كان ثمنا لما اشتراه فيكون تارة بيعا وتارة سلفا وان ثبت ذلك ببينة عدول فهل يجوز شراؤه والذى عليه الدين غائب روى داود بن سعيد عن مالك اذا ثبت الدين ببينة وعلم ان الذى عليه الحق حى فلا بأس بذلك وروى عيسى عن ابن القاسم ثبتت له البينة أو لم تثبت لا أحبه الا أن يجمع بينه وبينه والذى عليه فى المدونة فى السلم الثانى (مسئلة) واذا بعت الدين من غير من هو عليه ففى كتاب ابن المواز انه يجوز أن يؤخره بالثمن اليوم واليومين فقط ولا يؤخر الغريم اذا بعته منه الا مثل ذهابه الى البيت وأما ان تفارقه ثم تطلبه فلا يجوز ووجه ذلك ان تأخير المبتاع اذا كان غيره من باب الكالئ بالكالئ واليسير منه معفو عنه كتأخير رأس مال السلم واذا بعته من الذى عليه الدين فهو من باب فسخ الدين فى الدين ولا يجوز منه الا قدر ما لا يمكن القبض الا به فان كان ما يأخذه يسيرا فبقدر ما يأتى بمن يحمله وان كان طعاما كثيرا جاز ذلك مع اتصال العمل فيه ولو اتصل شهرا قاله أشهب (مسئلة) وهذا اذا كان ما يأخذه منه حاضرا أو فى حكم الحاضر كالشئ يكون فى منزله أو مخزنه أو حانوته فيذهبان من فورهما لقبضه وأما ان كان على ستة أميال فقد كرهه مالك حل الدين أو لم يحل رواه ابن المواز ووجه ذلك ما يدخله من التأخير الذى لا يكون من أجل القبض وانما هو من أجل مغيب المبيع (مسئلة) فاذا قلنا انه يجوز بيع الدين ممن هو عليه فهل يجوز أن يبيعه منه بكراء أو اجارة وروى ابن المواز عن ابن القاسم عن مالك منعه وروى أشهب عن مالك اجازته ووجه رواية ابن القاسم انه معنى يعتبر به ما فى الذمة ولا يبرأ بر أتاما فلم يجز كما لو أخذ به جارية تتواضع أو

* قال مالك لا ينبغى أن يشترى دين على رجل غائب ولا حاضر الا باقرار من الذى عليه الدين ولا على ميت وان علم الذى ترك الميت وذلك ان اشتراء ذلك غرر لا يدرى أيتم أم لا يتم قال وتفسير ما كره من ذلك أنه اذا اشترى دينا على غائب أو ميت أنه لا يدرى ما يلحق الميت من الدين الذى لم يعلم به فان لحق الميت دين ذهب الثمن الذى أعطى المبتاع باطلا *قال مالك وفى ذلك أيضا عيب آخر انه اشترى شيأ ليس بمضمون له وان لم يتم ذهب ثمنه باطلا فهذا غرر لا يصلح

ثمرا بتأخر ووجه رواية أشهب ان المنافع لا يمكن قبضها الا بقبض الرقاب وذلك قد وجد (مسئلة)
وأما استئجار من هو عليه كالثوب يصبغه أو يخيطه أو الحنطة يطحنها أو يكرى له منه أرضا فقد منعه
مالك فى كتاب ابن المواز قال الا العمل اليسير والدين لم يحل فذلك جائز وان حل لم يجز فى يسير ولا فى
كثير وكره مالك فى رواية ابن وهب فى دين لم يحل أن يستعمله له قبل الأجل قال أخاف أن يمرض أو
يغيب فيتأخر حتى يحل الأجل فيصير دينا بدين ووجه ذلك أنه قبل الأجل من باب الكالئ بالكالئ
لانه مالم يحل الأجل فانه يبيعه الدين المؤجل الذى له عليه بالعمل الذى يعمله له ولا يكون فسخ دين
فى دين لانه لم يحل بعد عليه فيفسخه فى غيره ويقتضى هذا ان دين كل واحد منهما يبقى الى الأجل
وأما اذا حل الأجل فانه يفسخ دينه الحال فى العمل ولذلك لا يبقى له فى ذمته بنفس الاستئجار ما كان
له عليه (مسئلة) ومايضارع بيع الدين أن يكون على الرجل دين من عروض يقضيكها ببلد
فتلقاه ببلد آخر فلا بأس اذا حل الأجل وتراضيتما أن تأخذ منه مالك عليه فى جنسه وصفته لا أفضل ولا
أدون فان كان قبل الأجل لم يجز كان دينك من قرض أو بيع ويجوز ذلك فى البلد قبل الأجل
مثله ويجوز فى القرض أجود منه رواه ابن المواز ووجه ذلك انه قبل الأجل اذا أعطاه بغير البلد
لم يخل من حط عن الضمان وأزيدك أو ضع وتعجل وكذلك القرض لانه ليس له أن يدفعه اليه بغير
بلد القرض وان كان ببلد القرض أو قبل السلم جاز قبل الأجل مثله ولم يجز أدون ولا أفضل لما قدمناه
ويجوز فى القرض أجود لان له أن يعجله ولا يجوز أدون لانه ليس للقرض أن يتعجله فيدخله
ضع وتعجل ص ﴿ قال مالك وانما فرق بين أن لا يبيع الرجل الا ما عنده وأن يسلف الرجل فى
شئ ليس عنده أصله ان صاحب العينة انما يحمل ذهبه التى يريد أن يبتاع بها فيقول هذه عشرة دنانير
فما تريد أن أشترى لك بها فكأنه يبيع عشرة دنانير نقدا بخمسة عشر دينارا الى أجل فلهذا كره
ذلك وانما تلك الدخلة والدلسة ﴾ ش هذا على حسب ما ذكره ان من وجوه فساد بيع ماليس
عنده وان جاز ذلك فى السلم ان عمل أهل العينة انما يقصدون بذلك الى سلف درهم فى درهم ونصف لانه
يقول له هذه عشرة دنانير اشترى لك بها ما شئت أبيعه منك بخمسة عشر دينارا الى أجل فكأنه
باعه عشرة نقدا بخمسة عشر الى أجل وهذا الذى ذكره وجه من وجوه المنع من بيع ماليس عندك
بسبب الذريعة وانما قصد لما كان يتكرر قصده والا فبيع ماليس عندك ممنوع لنفسه وقد روى
جعفر بن أبى وحشية عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقلت يا رسول الله يأتينى الرجل يسئلنى البيع ليس عندى أبيعه منه ثم ابتاعه من السوق قال فقال
لا تبع ماليس عندك وهذا أحسن أسانيد هذا الحديث ومن جهة المعنى انه مبنى على ان السلم لا يصح
الا مؤجلا واذا اجوزنا السلم على الحلول حمل الحديث على أن يبيع ماليس عنده وهو ان يبيعه شيأ
معينا قبل أن يملكه ويتضمن خروجه من ملكه وعلى أن اسم البيع لا يتناول السلم فى الظاهر
ووجه آخر انه يمنع منه لما فيه من الغرر لبيع ماليس عنده ويطلب عقيب البيع بقضائه فيتعذر عليه
تسليمه وذلك يمنع صحة العقد كما لو كان معينا (فرق) وفرق بين شراء ما عند البائع وبين السلم فيه ان
السلم اختص بالتأجيل فى المشهور من المذهب والبيع يختص بنفس المبيع وما اختص بأحد
العقدين فانه يختص به على سبيل التصحيح للعقد كالأجل فى السلم * وفرق آخر وهو ان السلم ينافى
التعيين فى المبيع لما فيه من التغرير فضمانه الى الأجل والبيع ينافى عدم التعيين لما فيه من التغرير
بتعذر تحصيله وتفاوت ثمنه مع كونه حالا عليه فلا يجد السبيل الى تسليمه

* قال مالك وانما فرق بين أن لا يبيع الرجل الا ما عنده وأن يسلف الرجل فى شئ ليس عنده أصله أن صاحب العينة انما يحمل ذهبه التى يريد أن يبتاع بها فيقول هذه عشرة دنانير فما تريد أن اشترى لك بها فكأنه يبيع عشرة دنانير نقدا بخمسة عشر دينارا الى أجل فلهذا كره ذلك وانما تلك الدخلة والدلسة

﴿ ماجاء في الشركة والتولية والاقالة ﴾

ص ﴿ مالك في الرجل يبيع البز المصنف ويستثني ثيابا برقومها انه ان اشترط أن يختار من ذلك الرقم فلا بأس به فان لم يشترط أن يختار منه حين استثنى فانى أراه شريكا في عدد البز الذى اشترى منه وذلك ان الثوبين يكون رقمهما سواء وبينهما تفاوت في الثمن ﴾ ش وهذا على ما قال ان الرجل اذا باع أصنافا من البز واستثنى منها ثيابا بما رقم عليها من الثمن أو بما كان عليه رقم جنس تما والاول أظهر فانه لا يخلو اذا استثنى بعض النوع الذى استثنى منه أن يستثني الاختيار أو لا يشترط شيأ فان استثنى الاختيار فان له ذلك ولا يجوز ذلك اذا استثنى اختيار الأكثر منه وهو بائع وقد تقدم ذكره (مسئلة) وان لم يشترط شيأ فهو شريك في ذلك النوع بقدر ما استثنى منه من جميع عدده وذلك مثل أن يكون ذلك النوع الذى استثنى منه ثلاثين ثوبا فيستثني منها عشرة أثواب فانه يكون شريكا في ذلك النوع من المتاع بالثلث له ثلثه ولمن ابتاعه ثلثاه

(فصل) وقوله وذلك ان الثوبين يكون رقمهما سواء وبينهما تفاوت في الثمن يريد انه لا يكون له أفضلهما ولا أدناهما لتفاوت أثمان النوع الواحد من الثياب مع تساويها في الرقوم اما لأن الرقم بمعنى النوع واما الغلاء أو رخص وأما أن البائع قد رقمها على المشترى بثمن واحد يحمل بعضها بعضا فاذا لم يشترط تعيينا ولا اختيارا فلم يبق الا أن يكون شريكا بعدد ما استثناه والله أعلم ص ﴿ قال مالك الأمر عندنا انه لا بأس بالشرك والتولية والاقالة في الطعام وغيره قبض ذلك أو لم يقبض اذا كان ذلك بالنقد ولم يكن فيه ربح ولا وضيعة ولا تأخير للثمن فان دخل ذلك ربح أو وضيعة أو تأخير من واحد منهما صار بيعا يحله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع وليس بشرك ولا تولية ولا اقالة ﴾ ش وهذا على ما ذكره ان من ابتاع طعاما على كيل أو وزن أو عدد فلا يجوز له أن يبيعه حتى يستوفيه لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ويجوز له أن يشرك فيه بأن يولى أحدا جزأ منه أو يوليه جميعه أو يقيل البائع منه وذلك كله قبل استيفائه والأصل في ذلك ما روى ربيعة عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفى وأرخص في الشركة والتولية والاقالة ومن جهة المعنى أن هذا من عقود المكارمة فاستثنى من بيع الطعام قبل استيفائه كما استثنى بيع العرية من النهى عن بيع الرطب بالتمر

(فصل) وقوله اذا كان في ذلك النقد ولم يكن فيه ربح ولا وضيعة يريد بقوله اذا كان في ذلك النقد أو يكون البيع على النقد وتكون على ذلك الشركة أو التولية أو الاقالة ولو كان النقد الاول على التأجيل لم يجز ذلك وان كانت الشركة والتولية والاقالة الى ذلك الاجل لان من سنة هذه العقود أن تكون مساوية لما تقدمها من البيع ولا يكون في شئ من العوضين نقص ولا زيادة غير ما انعقد به البيع الأول ولا يكاد الرقم يتساوى ولا تصح في ذلك شركة ولا تولية ولا اقالة لعدم تساوى الرقم (مسئلة) واذا كان البيع الاول بالنقد جازت الشركة والتولية والاقالة بالنقد دون تأخير ولا زيادة في الثمن ولا نقص منه لان ذلك يخرجه عن حكم الشركة والتولية والاقالة الى حكم البيع المحض المنافى للمكارمة المبنى على المغابنة والمكايسة والذى يمنع أن علك به الطعام قبل استيفائه ولذلك قال مالك اذا كان في ذلك تأخير أو زيادة ثمن أو نقص منه فليس بشركة ولا تولية ولا اقالة

(فصل) وقوله فان دخل ذلك ربح أو وضيعة أو تأخير من أحدهما صار بيعا يريد انه لا تكون

﴿ ما جاء في الشركة والتولية والاقالة ﴾

قال مالك في الرجل يبيع البز المصنف ويستثنى ثيابا برقومها انه ان اشترط أن يختار من ذلك الرقم فلا بأس به فان لم يشترط أن يختار منه حين استثنى فانى أراه شريكا في عدد البز الذى اشترى منه وذلك ان الثوبين يكون رقمهما سواء وبينهما تفاوت في الثمن * قال مالك الأمر عندنا انه لا بأس بالشرك والتولية والاقالة في الطعام وغيره قبض ذلك أو لم يقبض اذا كان ذلك بالنقد ولم يكن فيه ربح ولا وضيعة ولا تأخير للثمن فان دخل ذلك ربح أو وضيعة أو تأخير من واحد منهما صار بيعا يحله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع وليس بشرك ولا تولية ولا اقالة

الاقالة والتولية والشركة الا على حكم البيع الاول لا زيادة عليه ولا نقصان منه ولذلك كانت هذه العقود مبنية على المكارمة ولو كان من أحدهما تأخير بأن يؤخر المسلم اليه برأس مال المسلم أو يكون المبيع منه الطعام ثم قد أخر بثمنه ثم أقال منه على التعجيل أو اشترك أو ولى على التعجيل فان ذلك كله يخرجه عن عقود المكارمة الى المبايعة المحضة المبنية على المغابنة التى لا يجوز ايقاعها فى طعام بيع قبل استيفائه ولذلك قال يحله ما يحل البيوع من أن لا يقع بعد الاستيفاء ويحرم مما يحرم البيوع فلا يقع قبل الاستيفاء والله أعلم ص ﴿قال مالك من اشترى سلعة بزا أو رقيقا فبت به ثم سأله رجل أن يشركه ففعل ونقد الثمن صاحب السلعة جميعا ثم أدرك السلعة شئ ينتزعها من أيديهما فان المشرك يأخذ من الذى أشركه الثمن ويطلب الذى أشرك بيعه الذى باعه السلعة الا أن يشترط المشرك على الذى أشرك بحضرة البيع وعند مبايعة البائع الأول وقبل أن يتفاوت ذلك أن عهدتك على الذى ابتعت منه وان تفاوت ذلك وفات البيع الأول فشرط الآخر باطل وعليه العهدة﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان من اشترى بزا أو رقيقا فبت شراءه يريد اشتراه على القطع دون الخيار ثم أشرك فيه رجلا بأن باعه نصفه أو جزأ منه ونقد الثانى صاحب السلعة يريد البائع جميع ثمن السلعة ثم استحقت فان دافع الثمن الى البائع يرجع على المبتاع الأول بجميع الثمن ويرجع المبتاع الأول بذلك على بائعه ووجه ذلك انه بيع مستأنف وكونه على صفة مخصوصة لا يخرجه عن أن تكون فيه العهدة على البائع ومعنى ذلك كله ان عهدة الشريك على من أشركه مع الاطلاق وعدم الشرط لما ذكرناه بأنه بيع مستأنف

(فصل) وقوله الا أن يشترط المبتاع على الذى أشرك بحضرة البيع وقبل أن يتفاوت ذلك ان عهدتك على الذى ابتعت منه يريد أن الشرط يصح فى الوقتين روى عيسى عن ابن القاسم انه ان اشترط عليه ذلك بحضرة البيع وقبل أن يفترقا مفارقة بينة ويقطع ما كانا فيه من البيع ومذاكرته وقبض منه حقه أو أخره به فانبت الأمر بينهما ثم أشركه بعد ذلك فان اشترط البيع قبل هذا أن تكون العهدة على البائع صح ما شرطه وان اشترط بعد ذلك فالعهدة على المشترط والمولى ولا ينتفع بشرطه وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله ص ﴿قال مالك فى الرجل يقول للرجل اشتر هذه السلعة بينى وبينك وانقد عنى وأنا أبيعها لك ان ذلك لا يصلح حين قال انقد عنى وأنا أبيعها لك وانما ذلك سلف يسلفه اياه على أن يبيعها له ولو أن تلك السلعة هلكت أو فاتت أخذ ذلك الرجل الذى نقد الثمن من شريكه ما نقد له فهذا من السلف الذى يجر منفعة﴾ ش وهذا على ما قال انه لا يجوز أن يقول الرجل للرجل اشتر هذه السلعة بينى وبينك بعشرة دنانير وانقد عنى وأنا أبيعها لك لان قوله انقد عنى اشتراط سلف يسلفه ثمنها ليكفيه هو مؤنة بيعها ويتولى ذلك دونه فقد جعل جعله فى الانفراد ببيع السلعة الانتفاع بما يسلفه الآخر من ثمنها الى أن يبيعها ويرد عليه ما أسلفه واستدل مالك على أن معنى هذا السلف بأن السلعة لو هلكت لرجع المسلف على شريكه بما أسلفه من ثمنها فاذا ثبت أن معناه السلف لم يجز ذلك لانا قد قدمنا أن من حكم القرض أن يكون على غير عوض ولا مقارضة وهذا يمنع صحة هذا العقد ويدخله مع ذلك غير ما وجه من وجوه الفساد

(مسئلة) فان وقع هذا فالسلعة بينهما وللمسلف على صاحبه ما أسلفه نقدا فان لم يكن باع السلعة لم يكن بيعها الا أن العقد الذى وجب به عليه بيعها قد نقض وان كان المسلف قد باع السلعة فله أجرة مثله فيما باع من نصيب المتسلف وذلك أن الشراء وقع صحيحا لهما جميعا وانما وقع الفساد فى الاجارة

قال مالك من اشترى سلعة بزا أو رقيقا فبت به ثم سأله رجل أن يشركه ففعل ونقد الثمن صاحب السلعة جميعا ثم أدرك السلعة شئ ينتزعها من أيديهما فان المشرك يأخذ من الذى أشركه الثمن ويطلب الذى أشرك بيعه الذى باعه السلعة الا أن يشترط المشرك على الذى أشرك بحضرة البيع وعند مبايعة البائع الأول وقبل أن يتفاوت ذلك ان عهدتك على الذى ابتعت منه وان تفاوت ذلك وفات البائع الأول فشرط الآخر باطل وعليه العهدة * قال مالك فى الرجل يقول للرجل اشتر هذه السلعة بينى وبينك وانقد عنى وأنا أبيعها لك ان ذلك لا يصلح حين قال انقد عنى وأنا أبيعها لك وانما ذلك سلف يسلفه اياه على أن يبيعها له ولو أن تلك السلعة هلكت أو فاتت أخذ ذلك الرجل الذى نقد الثمن من شريكه ما نقد له فهذا من السلف الذى يجر منفعة

من أجل السلف فالسلف مردود وللعامل أجر عمله فيما عمل لشريكه وله ربح حصته من السلعة ولشريكه ربح حصته (مسئلة) ولو ظهر على هذا قبل النقد لأمسك المسلف ما شرط عليه أن يسلفه وان كان قبل أن يعمل المسلف عمل فى حصته دون حصة شريكه وكان على شريكه أن يعمل فى حصته أو يستأجر المسلف استئجارا مستأنفا صحيحا ص ﴿ قال مالك ولو أن رجلا ابتاع سلعة فوجبت له ثم قال له رجل أشركنى بنصف هذه السلعة وأنا أبيعها لك جميعا كان ذلك حلالا لا بأس به وتفسير ذلك ان هذا بيع جديد باعه نصف السلعة على أن يبيع له النصف الآخر ﴾ ش وهذا على ما قال ان من اشترى سلعة وثبت له ملكها ثم أتاه رجل فقال له أشركنى فى نصف هذه السلعة وأنا أبيع لك جميعها فانه جائز وذلك انه باعه النصف الذى أشركه بنصف الثمن الذى ابتاعها به وبعمله فى النصف الباقى له يتناول بيعها الا أن يبيعها فلم يدخل فى ذلك شئ من الجهالة لان الثمن معلوم والسلعة معلومة وعمل الشريك فى بيعها معلوم ووجه تناوله فى ذلك معلوم والله أعلم وانما يتعلق به من وجوه الاعتراض انه جمع بين البيع والاجارة فى عقد واحد وذلك جائز عند مالك لانهما عقدان مبنيان على اللزوم ومقصودهما واحد فلا يتنافيان ولم يجز أن يجتمع الجعل والبيع فى عقد لان الجعل مبنى على الجواز والبيع مبنى على اللزوم فهما يتنافيان فلذلك لم يصح اجتماعهما (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان لجواز هذا العقد الذى ذكره مالك شروطا منها انه لا يجوز الا أن يضرب لمدة البيع أجلا فيقول على أن أبيع لك النصف الثانى شهرا أو شهرين أو ما اتفقا عليه من الأجل فان لم يضرب لذلك أجلا لم يجز هذا المشهور عن مالك وهى مسئلة أصل الكتاب وفى المدونة وذكر بعض الرواة عن مالك فيمن باع نصف ثوب على أن يبيع له المشترى النصف الثانى انه لا يجوز وان ضرب لذلك أجلا فهو أحرم له فوجه قولنا انه لا يجوز مع عدم الأجل و يجوز مع وجوده ان عدم الأجل يبطل عقد الاجارة وان كان معنى ذلك الاجارة وان كان معناه الجعل فلا يصح أن يقارن البيع لما قدمناه واذا ضرب الاجل صحت الاجارة وصح مقارنتها للبيع ووجه المنع من ذلك قال بعض شيوخنا القرويين ان معنى ذلك انه اشترى معينا لا يقبضه الا الى الاجل * قال القاضى أبو الوليد ومعنى ذلك عندى انه ليس له أن يفوت النصف الذى صار اليه بالشركة قبل البيع أو انقضاء الاجل لانه لا يستحق جميع العين الا بانقضاء الاجل لان بعضه اجارة بيعه فى جميع المدة (فرع) فاذا قلنا بجواز ذلك فباع السلعة قبل انقضاء الاجل وذلك مثل أن يبيع منه نصف الثوب بعشرة على أن يبيع له النصف الثانى شهرا وكان قيمة بيعه اياه شهرا درهمين فصار ثمن الثوب اثنى عشر درهما فباعه فى نصف الشهر فان صاحب الثوب يرجع عليه بما بقى من اجارة المدة وذلك نصف سدس ثمن نصف الثوب وذلك ربع سدس قيمة الثوب كله قال ابن المواز يرجع بذلك ثمنا وقال يحيى بن عمر الا ان يكون الثوب قائما فيكون له شريكا به فيه ومعنى ذلك والله أعلم أن يكون انما باع الاجير نصف المستأجر وبقى نصفه الذى بيع منه واستؤجر به بيده (مسئلة) ومما يجب أن يشترط فى هذا العقد أن تكون السلعة مما تعرف بعينها كالحيوان والثياب والعروض مما ليس بمكيل ولا موزون فان كان مكيلا أو موزونا كالطعام والحناء ففى المدونة أنه لا يجوز ذلك وقال سحنون يقبض الطعام ويغاب عليه وقد يبيع فى نصف الاجل فيرد طعاما قد غاب عليه فيدخله السلف والاجارة

* قال مالك ولو أن رجلا ابتاع سلعة فوجبت له ثم قال له رجل اشركنى بنصف هذه السلعة وأنا أبيعها لك جميعا كان ذلك حلالا لا بأس به وتفسير ذلك أن هذا بيع جديد باعه نصف السلعة على أن يبيع له النصف الآخر

﴿ ماجاء في افلاس الغريم ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيأ فوجده بعينه فهو أحق به وان مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء * مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عمر بن عبد العزيز عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث ابن هشام عن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه منه الفلس هو عدم المال وهو الاعسار قال الله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ولا يخلو أن يكون من ادعى ذلك مجهولا فلسه أو معلوما فلسه أو معلوما غناه فان كان مجهول الفلس ففي كتاب ابن المواز عن مالك يحبس الحر والعبد حتى يستبد أمره لعله غيب ماله وقال مطرف ويحبس النساء ومن فيه بقية رق في الدين في اللدد والتهمة ووجه ذلك أن ما يدعيه من الاعسار ينافيه اقراره بما عليه من الدين لأنه قد أخذ عوضه وذلك يقتضي انه موسر به فالظاهر من حاله خلاف ما يدعيه فلذلك ألزمه السجن لتحقق حاله (مسئلة) ومن ادعى الفقر وظاهره الغنى وأقام بينة في الفقر ولم تزك بينته لم يؤخذ عليه حيل وسجن حتى تزكى بينته من كتاب ابن سحنون وذلك لما قدمناه من انه يدعي خلاف الظاهر من حاله (مسئلة) وهذا لمن تفالس ويقول لا شئ له وأما اذا حل الدين فسأل أن يؤخره ووعد بالقضاء فليؤخره الامام حسبما يرجوله ولا يعجل عليه حكاه ابن حبيب عن ابن الماجشون وقال في كتاب سحنون ان سأل أن يؤخره يوما أو نحوه أخر ويعطي حميلا بالمال فان لم يجد حميلا به سجن ووجه ذلك أن تعذر القضاء قد يتجه على أكثر الناس اليوم واليومين والثلاثة فاذا أعطى حميلا بالمال وسأل النظرة الى مثل هذا المقدار مما لا مضرة فيه على المطالب له فللحاكم أن يوقفه مثل هذا التأخير وقال ابن الماجشون في سماك لرجل عليه سمك فسأل الصبر حتى يخرج فيصيد قال يصبر عليه ولم يشترط ابن الماجشون في روايته الحميل ووجه ما تقدم من رواية ابن سحنون الحميل في المال لانه لما جاز الاجل كان له أن لا يؤخره الا بحميل الا أن يكون هذا السماك عديما يعلم انه لا مال له ولا يجد قضاء الا من تصيده فيترك والتصيد لانه الوجه الذي يسلم اليه فيه والله أعلم (مسئلة) ومدة سجن المجهول الحال تختلف باختلاف الدين فبار وى ابن حبيب عن ابن الماجشون فقال يحبس في الدريهمات اليسيرة قدر نصف شهر وفي الكثير من المال أربعة أشهر وفي الوسط منه شهرين ووجه ذلك انه سجن على وجه اختبار حاله فوجب أن يكون على قدر الحق الذي يختبر من أجله (مسئلة) ويحبس الوصي فيما على الايتام من دين اذا كان لهم في يده مال وكذلك الاب في دين الولد اذا كان له بيده مال رواه ابن سحنون عن ابن عبد الحكم ومعنى ذلك انه قبض له مالا ولا يعلم بقاءه فلا يقبل قوله لانه يدعي خلاف الظاهر (مسئلة) ويحبس الاب اذا امتنع من الانفاق على ولده الصغير ولا يحبس الاب في دين الولد يريد اذا كان له عليه دين يطلبه به وأما تركه الانفاق عليه فضرر يلحق الولد وغيره يطلبه به (مسئلة) ويحبس المسلم للكافر في الدين رواه ابن حبيب ويحبس السيد لمكاتبه في الدين ووجه ذلك أن الحقوق لا تعتبر فيها الحرمة والمنزلة الا الوالد في حق الولد لان حقه عليه ليس لاجل حرمته وقرابته لان حرمتهما

﴿ماجاء في افلاس الغريم﴾

*حدثني يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل باع متاعا فافلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيأ فوجده بعينه فهو أحق به وان مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه اسوة الغرماء * وحدثني مالك عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عمر بن عبد العزيز عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث ابن هشام عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فادرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره

واحدة وانما ذلك لماله عليه من حق الابوة الموجبة للنفقة ويحبس سائر القرابات من الاجداد وغيرهم والله أعلم فان ظهر أنه لامال له ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم يحلفه ويطلقه ورواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك ومعنى ذلك أن يشهد له الشهود انهم لايعلمون له مالا ظاهرا ولا باطنا وينقضي أمر السجن ويلزمه اليمين لان الشهود انما يشهدون على العلم فعليه هو أن يحلف على الباطن بالبت كالرجل يستحق الدار فيشهد الشهود له على علمهم أنهم لايعلمون فوته فيحلف هو على الباطن بالبت والقطع انه مافوته

(فصل) وأما من ثبت فلسه وعلم عدمه فروى ابن وهب عن مالك في كتاب ابن حبيب لايحبس ان كان معسرا ولاشئ له وفي كتاب ابن المواز ان علم انه لاشئ له فلا يحبس حر ولا عبد ووجه ذلك قول الله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة (مسئلة) ولايؤاجر المفلس في دينه خلافا لابن حنبل والدليل على ذلك قول الله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ومن جهة المعنى ان الدين انما يتعلق بذمته دون عمله قال ابن المواز سواء كان حرا أو عبدا مأذونا له في التجارة

(فصل) وأما من علم غناه أو كان ذلك ظاهر أمره ففي كتاب ابن المواز والعتبية يحبس حتى يوفي الناس حقوقهم أو يتبين انه لاشئ له فهذا لايصرف ولايعجل سراحه حتى يستبرأ أمره قال وهذا مثل التجار الذين يأخذون أموال الناس ثم يدعون ذهابها ولايعلم ذلك ولايعلم انه سرق له شئ ولا أحرق له منزل ولا أصيب بشئ

(فصل) وانما يثبت فلسه بحكم الحاكم بذلك وانما يحكم الحاكم بذلك بعد أن يثبت عنده مايوجب ذلك فيمنعه من التصرف في ماله ويحجر عليه فيه حتى يقسمه بين الغرماء ويعجل ماعليه من دين مؤجل ومن وجد سلعته كان أحق بها وهذا معنى تفليسه ولايخلو أن يكون حاضرا أو غائبا فان كان غائبا وله مال حاضر فقام غرماؤه عليه ليفلس لهم فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن وهب عن مالك أن ذلك لهم وروى ابن القاسم في العتبية والواضحة ان كانت غيبة قريبة فيكتب اليه ويكشف عن أمره ليعرف ملاءه من عدمه وان كان بعيد الغيبة فلا يخلو أن يعرف حاله في العدم واليسار أو يجهل ذلك فان جهل ذلك فلس رواه ابن المواز عن أشهب وابن القاسم وان عرف يساره فقال ابن القاسم لايفلس وقال أشهب يفلس وجه قول ابن القاسم ان هذا معروف الملاءة فلا يفلس أصل ذلك اذا كان حاضرا ووجه قول أشهب مااحتج به من ان مال الغائب البعيد الغيبة لايقضى منه دين ولايعرف مايدل عليه فلا يمنع ذلك افلاسه (فرع) فاذا قلنا برواية مطرف وابن وهب انه يفلسه الحاكم ويقضي ديون الحاضرين وتحاصوا بما علم انه عليه لغائب ولايؤخرون لاستبراء ماعليه لان ذمته باقية وأما الميت فان ذمته قد ذهبت فلذلك يستأنى بهم اذا كان معروفا بالدين رواه مطرف وابن وهب عن مالك (مسئلة) فان كان حاضرا فلا يخلو أن يريد جميع غرمائه تفليسه أو بعضهم فان أراد ذلك بعضهم فان للقائم تفليسه وسجنه رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وان أراد بعضهم ذلك (٢) ووجهه ان ذلك حق للطالب فلا يبطل باسقاط غيره عنه مثل ذلك الحق كما لو وهب بعضهم دينه لم يلزم غيرهم أن يهبه دينه أيضا ولمن أبى تفليسه أن يحاص القائم في مال المفلس ويقر بيد المفلس ما كان له بالمحاصة وليس للقائم أخذ ذلك منه في دينه رواه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك أن تفليسه يقتضي تحاص غرمائه في ماله فمن أقر حصته بيده فهو بمنزلة من

استأنف معاملته بعد التفليس لم يكن للغرماء أخذ ما عامله به من المفلس (مسئلة) وهذا اذا قام من أراد اقرار حصته بيده وطلب المحاصة وأما من أمسك عن الطلب وعلم بالتفليس وتقاسم الغرماء ماله وهو حاضر فقد روى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية انه ان قام بعد ذلك فلا شئ له الا أن يكون له عذر فى تركه القيام أو يكون له سلطان ووجهه انه اذا علم بذلك وأمسك عن الطلب مع عدم العذر فالظاهر أنه راض بذلك ومسوغ له حصته من ماله رضا بطلب ذمته مع خرابها أو رفقا به قال مطرف وابن الماجشون وذلك بمنزلة سكوته عما أعتق المفلس ثم يريد القيام به والله أعلم (مسئلة) ويصح ذلك من تفليسه بحكم الحاكم قال واذا قام غرماؤه فأمكنهم من ماله يتبعونه ويقتسمونه ففى العتبية من سماع ابن القاسم أنه بمنزلة تفليس السلطان ووجه ذلك انه حكم لا يتعدى المفلس وغرماءه فاذا اتفقوا عليه ثبت بينهم ومعنى ثبوت الحكم بينهم أن يكون من عامله بعد التفليس أحق بيده ممن فلسه وأخذ حصته مما كان بيده رواه أصبغ وأبو زيد عن ابن القاسم (مسئلة) وهذا اذا وجدوا له مالا تحاصوا فيه فان لم يجدوا له شيأ فتركوه فتداين بعد ذلك فليس هذا بتفليس قاله ابن القاسم فى العتبية قال ولو بلغوا به السلطان ففلسه لكان هذا تفليسا لانه قد بلغ من كشف حاله ما لا يبلغه غرماؤه ولو علم ان غرماءه يبلغون من ذلك ما لا يبلغه السلطان رأيته تفليسا ولكن لا آخذ به خوف أن لا يبلغوا ذلك وقاله أصبغ (مسئلة) اذا ثبت ذلك ففيه خمسة أبواب * الباب الأول فى حكم اقرار المفلس قبل التفليس وبعده * والباب الثانى فى حكم ما لا ينتزع من ماله ولا يحجر عليه * والباب الثالث فى حكم ما يحجر عليه من ماله قبل البيع وبعده * والباب الرابع فى ديون المفلس بعد الفلس * والباب الخامس فيما تقع فيه المحاصة

(الباب الأول فى حكم اقرار المفلس قبل التفليس وبعده)

أما اقرار المفلس وبيعه لماله وقضاؤه عن بعض غرمائه ففى كتاب ابن حبيب فمن أحاط الدين بماله ان قضى بعض غرمائه أو رهن فقد اختلف فيه قول مالك فقال يدخل فى ذلك باقى الغرماء وقال لا يدخلون وذلك ماض قال ابن القاسم وعلى هذا جماعة الناس وجه القول الأول انه محجور عليه فى ماله ولذلك لا يجوز له عتق بغير اذن غرمائه فأشبه الذى فلسه الحاكم بتفليسه أو المريض فقد قال أصبغ فى العتبية ان المريض المخوف عليه لا يقضى بعض غرمائه دون بعض وان كان غير مخوف لم يحجر عليه القضاء فى ماله ووجه القول الثانى انه ليس بمحجور عليه لان بيعه جائز وكذلك قضاؤه دين البيع وانما يمنع من اتلاف ماله على غير وجه المعاوضة كالهبة والعتق (فرع) قال ابن القاسم واذا فطن المقتضى باستغراقه وبادر الغرماء فهو أحق وهذا ما لم يكن الغرماء قد تشاوروا كلهم فى تفليسه ولم يرفعوه بعد فخالف بعضهم اليه فقضاه قال ابن القاسم قال يدخل معه سائر الغرماء وقال أصبغ لا يدخلون معه وجه قول ابن القاسم انهم اذا تشاوروا فى تفليسه فقد اتفقوا على التصاص فى ماله وذلك يقتضى اشتراكهم فيه فمن اقتضى منهم شيأ شاركه فيه الآخرون كالو باعوا منه بعقد واحد ووجه قول أصبغ انهم لم ينفذوا واذا لم يوجد الاشتراك بينهم وانما يحصل الاشتراك بانفاذ التفليس والحجر عليه فيما بيده والله أعلم (مسئلة) والتفليس الذى يمنع قبول اقراره فيما روى ابن المواز عن مالك أن يقوم عليه غرماؤه على وجه التفليس قال محمد يريد وحالوا بينه وبين ماله وبين البيع الفاسد والشراء والأخذ والاعطاء فانه لا يقبل اقراره حينئذ بدين قال أحمد بن ميسر ما كان قائم الوجه منبسط اليد فى ماله فانه يجوز اقراره الا أنه اذا خاف من قيام الغرماء فاقر لمن يتهم عليه من

والد أو ولد فاراه فاسدا و يبطل اقراره قال وليس كذلك اقراره للاجنبيين والله أعلم (مسئلة) واذا أقر الرجل بمال فلا يخلو أن يكون ديون غرمائه بغير بينة أو ثابتة ببينة فان كانت انما هي باقرار فيجوز ذلك لمن أقر له في ذلك المجلس و بلفظ واحد أو قرب بعض ذلك من بعض قاله مالك في كتاب محمد و وجه ذلك أن ماثبت به دينهم بسبب واحد فلم يرد بعض ذلك دون بعض واذا أقر لقوم ثم استأنف بعد مدة أو في مجلس واحد لغيرهم فانه لا يثبت اقراره للآخرين لان الدين الاول قد حجر عليه بسببه فلم يكن له أن يقر بما يدخل النقص عليه كما لو ثبت ببينة وروى ابن حبيب عن ابن القاسم اذا أقر المفلس لمن يتهم عليه أو لمن لا يتهم عليه ولا عليه بينة لغرمائه فان المقر له يحاص سائر غرمائه (مسئلة) وأما ان كان الدين الاول ثبت ببينة فانه لا يجوز اقراره لمن يثبت دينه من الغرماء في وقت الحجر عليه لانه يدخل نقصا على من ثبت دينه بالبينة بمجرد قوله وذلك غير جائز لان من حجر عليه في البيع والشراء والأخذ والاعطاء فقد حجر عليه في الاقرار كالسفيه وفي كتاب محمد وقد كان من قول مالك ان من أقر له المفلس ان كان يعلم منه تقاضيا له ومداينة وخلطة فانه يحلف و يحاصص من له بينة و وجه هذا القول أن الحجر عليه غير ثابت لانه مأخوذ بهذا الاقرار و يتعلق بذمته ما تقدم من المخالطة له فيه فوجب أن يحاص به وأما السفيه فان ما أقر به غير متعلق بذمته فلذلك لم يؤثر اقراره قال ابن حبيب عن ابن القاسم سواء كان اقراره لمن يتهم عليه أو لمن لا يتهم عليه فانه غير جائز اذا كان للغرماء بينة وهذا اذا كان الدين الثابت بالبينة وقد أحاط بماله فان لم يحط بماله جاز اقراره لمن أقر به قاله مالك في الموازية احتج لذلك بان من ثبت دينه لم يكن له تفليسه والحجر عليه فجاز اقراره كسائر المتصرفين (مسئلة) وهذا حكم اقراره بالدين واما أن يقول لبعض ما بيده هذا قراض أو وديعة ففي العتبية من قول ابن القاسم لا يصدق المفلس في ذلك كما لا يصدق في الدين و به قال أشهب و وجه ذلك انه اقرار يدخل على الغرماء النقص فلم يجز كالاقرار بالدين كما لو قال له في مالي وديعة أو قراض ولم يعين فان أصبغ قال لا يجوز اقراره وقال أصبغ يقبل قوله في الاقرار بالوديعة والقراض وان لم يكن على أصل ذلك بينة قال لانه اقرار بامانة ولم يقر بدين رواه أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية زاد أصبغ وذلك اذا أقر بمن لا يتهم عليه

(الباب الثاني فيما يقر بيده من ماله ولا يقبضه الغرماء في ديونهم)

ففي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك يترك له ما فيه نفقة له ولاهله ولعياله وكسوة له ولاهله وفي كسوة زوجته شك وقال سحنون في العتبية يترك له قدر نفقته وكسوته ولا يترك له كسوة زوجته قال ابن القاسم يترك له لبسه الا ان يكون فيه فضل عن لباس مثله قال ابن القاسم في العتبية يترك له ما يكفيه هو وزوجته و ولده الصغير الأيام و روى ابن المواز وابن حبيب عن مالك قدر الشهر و روى ابن المواز عن أصبغ ان كان الذي يوجد له قدر نفقته شهرا أو نحوه فليترك له يعيش به و وجه ذلك ان ما يختص به من لباسه لا يمكن أن يعرى منه لما في ذلك من هتك ستره وكشف عورته فيترك له منه ما يكفيه مما جرت عادته بمثله لان هذا القدر لا يعاوض عليه وكذلك نفقة الأيام لنفسه ولبنيه الصغار الى ان يتسبب في وجه نفقته لان اسلامه للهلاك دون قوت غير جائز وكذلك اخراجه عن عادة مثله وأما كسوة الزوجة فتوقف فيها مالك وصرح سحنون بانها لا تترك لانها انما تصير لها على سبيل المعاوضة ولها كسوة سواها مما تملكها وهي مما يطول بقاؤه و يدوم الانتفاع به كالنفقة التي تزيد على مدة الأيام المتقدم ذكرها و بالله تعالى التوفيق (مسئلة) وما عدا ذلك من الحيوان

والأثاث والدور والأرضين والعروض فتتعلق حقوق الغرماء به ويباع ذلك عليه وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك يستأنى في بيع ربعه بسوق الشهر والشهرين وأما الحيوان فالمدة اليسيرة وكذلك العروض والحيوان أسرع بيعا ومعنى ذلك والله أعلم لما يلزم من الانفاق عليه مع تسرع التغير اليه (مسئلة) وصفة بيعه بالخيار ثلاثا طلبا للزيادة رواه مطرف عن مالك وقاله ابن القاسم وسحنون وانما معنى ذلك انه ربما توقف الناس عن الزيادة الاعند توقع امضاء البيع واذا أمضى البيع لم ينتفع بالزيادة فكان الأفضل أن يبيع بالخيار ثلاثا ليكون كل من أراد الزيادة يعلم وقت فواتها فلا يؤخرها (مسئلة) ويباع على المفلس سريره وقبته ومصحفه وخاتمه قاله مالك واختلفوا في بيع كتبه فقال مالك في الموازية لاتباع عليه كتب العلم قال وكان غيره من أصحابنا يجيز بيعها في الدين وغيره وانما هذه المسئلة مبنية على جواز بيعها فان مالكا منع من بيعها في المدونة وغيرها لان طريقها النظر وليس بمقطوع بصحتها وجوز بيع المصحف لصحة مافيه وقد أباح بيعها الجمهور وقال محمد بن عبد الحكم بيعت كتب ابن وهب بثلاثمائة دينار وأصحابنا متوافرون فما أنكروا ذلك (مسئلة) ولا تؤجر أم ولد المفلس ويؤاجر مدبره وتباع كتابة مكاتبه قاله مالك في الموازية ووجه ذلك أن أم الولد انما بقي له فيها الاستمتاع وذلك مما لايباع ولا يوهب وأما المدبر فان خدمته للمفلس وهو يعود مالا فجاز ان يباع ذلك عليه وكذلك كتابة مكاتبه حق مؤجل يطلب به المكاتب ويصح بيعه فتعلق به حق الغرماء أصل ذلك ماسلم فيه من العروض (مسئلة) ولا يجبر المفلس على اعتصار ماوهب لولده ولا على الاخذ بشفعة له فيها فضل قاله مالك في الموازية ووجه ذلك أن هذا يملك ولا يجبر على ابتداء الملك بالقبول كما لا يجبر على قبول هبة توهب له أو وصية يوصى له بها رواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتبية في الصدقة ولو بذل له رجل السلف والعون لم يجبر على قبول ذلك رواه أصبغ عن ابن القاسم (مسئلة) وان ورث أباه فالدين أولى به ولا يعتق عليه الا ان يفضل منه شئ عن الدين فيعتق ولو وهب له لعتق ولا شئ فيه للغرماء رواه أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية قال لأنه لم يوهب له ليبيعه الغرماء وانما قصد بذلك العتق (مسئلة) والمرأة المديانة تفلس حتى تتزوج فليس لغرمائها أخذ مهرها في دينهم الا أن يكون الشئ الخفيف كالدينار ونحوه فليس لها أن تقضيهم جميع صداقها وتبقى بلا جهاز قاله ابن القاسم في العتبية ووجه ذلك ان حق الزوج متعلق بالجهاز وعلى ذلك أمره وقد تقدم بيانه في النكاح (مسئلة) واذا رهق الرجل دين فزعم في جارية انها أسقطت منه روى عيسى ومحمد بن خالد عن ابن القاسم لا يصدق الا أن تقوم بذلك بينة من النساء أو يكون قد فشا هذا قبل ادعائه أو كان يذكر ذلك والا بيعت للغرماء

(الباب الثالث في ضمان مايتحاص فيه الغرماء من ماله)

المال لايخلو أن يكون عينا أو غير عين فان كان عينا فاما أن يكون قد أوقف لذلك أو بيع له بعض ماوجد له فروى ابن القاسم عن مالك أن ضمانه من الغرماء ورواه عنه ابن وهب ومطرف وروى أشهب عن مالك أن ضمانه من المفلس ووجه ذلك أنه على الصفة التي يصح القضاء فيها ولا يحتاج الى القسمة ولذلك كانت من ضمان الغرماء وهذا يصح اذا كانت الديون عينا وكان ماوجد عندهم من العين مثله في صفته فأما ان كان دينه عروضا فقد قال يتحاص بقيمته ويشترى له بذلك مثل عروضه فالذي يحاص به العين فلذلك يصير ضامنا له لأنه من حينئذ تفرد بملكه ومن أجله نقل الى

تلك الصفة ان كان يبيع به عرض واذا كان ماله طعاما والدين الذى عليه طعاما فيجب على قول ابن القاسم أن يكون من ضمان الغرماء لأنه على الصفة التى يستحقونها وانما وقف للقسمة بينهم فكان ضمانه منهم (مسئلة) واذا لم يكن عينا وقف للبيع فالذى روى ابن القاسم عن مالك ان ضمانه من المفلس و روى ابن الماجشون عن مالك ان ضمانه من الغرماء فعلى هذا رواية ابن القاسم عن مالك الغرماء يضمنون العين والمفلس يضمن غيره و رواية أشهب ان المفلس يضمن الجميع حتى يقتسمه الغرماء ورواية ابن الماجشون أن الغرماء يضمنون ذلك كله لما احتج به من انه لهم وقف و بسببهم منع ووجه رواية ابن القاسم ان ما كان من جنس حقوق الغرماء فضمانه منهم لانه لم يبق للمفلس به تعلق لأنه من جنس حقوقهم ووجه رواية أشهب ان حق التوفية بقى فيه فكان ضمانه من المفلس قال ابن المواز وقد قال ابن القاسم فلو اشترى من العين سلعة بعد التوقيف لمن ربحها فقال للمفلس يقضى منه دينه قيل له فكيف ربحه له وضمانه من الغرماء فسكت

(الباب الرابع فى حكم المحاصة)

أما حكمها فانه ينظر الى كل دين عليه مؤجل أجله بالفلس و يحاص صاحبه لغرمائه * قال مالك لان الفلس معنى يفسد الذمة فاقتضى حلول الديون كالموت وماله من دين مؤجل فانه يبقى الى أجله و يباع لغرمائه بما يجوز أن يباع به لأن خراب الذمة لا يوجب حلول الديون التى لها وانما يوجب حلول الديون التى عليها كخرابها بالموت (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلا يخلو أن يكون ما عليه من الديون متماثلا كالعين والمكيل والموزون أو غير متماثل فان كان متماثلا وكان جميعه عينا صير ماله عينا ويقاسمه الغرماء بان يعلم مال كل واحد منهم فيجمع ثم ينظر كم مقدار ما وجد له من المال مما عليه من الدين فان كان النصف أخذ كل غريم نصف ماله من الدين وأتبعه بالباقى فى ذمته متى أيسر (فرع) وان كان عليه ثياب وعليه مثلها قال محمد بن عبد الحكم يدفع فماله عليه قال الشيخ أبو محمد يريد ان أصابته بالمحاصة قيمتها وان كان ما عليه من الدين كطعام أو غيره من المكيل أو الموزون فقد قال محمد بن عبد الحكم اذا كان ماله طعاما وعليه مثله دفع الى غرمائه يريد والله أعلم يتحاصون فيه على ما تقدم لأنه من جنس مالهم كالعين (مسئلة) فان كان ماله دراهم وعليه دنانير أو كان ماله دنانير وعليه دراهم فقد قال محمد بن عبد الحكم لا يصرفها الا أن يصرفها من الغرماء بما تسوى برضاهم * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ومعنى ذلك عندى انه مما يقرب من دين الغرماء ويجمع اليه فى الزكاة فلا يكون حكمه حكم الحيوان والثياب فى لزوم بيعها وان أراد الغرماء أخذها تحاصوا فيها بصرفها (مسئلة) وان كان ماله عروضا فاشترى بعض الغرماء شيأ مما بيع عليه حوسب به فيما يقع به من المحاصة

(فصل) وان كان ما عليه من الدين غير متماثل مثل أن يكون له عليه عروض مختلفة الاجناس حيوان وعين فقد قال مالك فى كتاب محمد انه من أفلس وعليه عروض وحيوان أسلم اليه فيها فان المشترى يحاص بقيمة ذلك فما حصل له من القيمة اشترى له به ما شرطه وفى العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم أنه ان كان له طعام من سلم حاص بقيمته فما أصابه بذلك يشترى له به مثل طعامه ما بلغ ولا يجوز أن يأخذ ما أصابه من القيمة ثمنا ولو كان السلم فى وصيف فدفع له ما يشترى به نصف وصيف خير أن يشترى له نصف وصيف ويتبع المفلس بنصف وصيف اذا أيسر و بين أن يترك حتى يسر صاحبه فيأخذ منه وصيفا كاملا وليس له أن يأخذ هذه الدنانير و يتبعه بنصف وصيف أو بهبه

مابقى الاأن يكون ماأصابه مثـل رأس ماله فأقل فيـكون اقالة جائزة قال الشيخ أبو محمد يريد فى غير الطعام المسلم فيه (فرع) والاعتبار فى القيمة بقيمته يوم المحاصة رواه عيسى عن ابن القاسم وقاله مالك فى كتاب محمد ووجـه ذلك ان ماله من الدين قد حـل وان كان مؤجلا فانما له قيمته ذلك اليوم لانه وقت القضاء (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يشترى له بتلك القيمة مثل الذى له عليه فان تأخر الشراء حتى غلا سعره أو رخص فانه لاتراجع فيـه بينه و بين الغرماء وأما التحاصب بينه و بين المفلس ففى زيادة ذلك أو نقصانه ووجه ذلك أن بالقسمة قد اختص كل واحد من الغرماء بما صار له بالقسمة وصار ذلك مختصا به فزيادته ونقصانه لايتعلق بسائر الغرماء (مسئلة) واذا اشترى من ماله من السلم اعتبر فى ذلك الصفات التى اشترطها فى السـلم فان كان وصف الطعام بأنه جيد فقد قال محمد بن عبـد الحكم يشترى له أدنى ماتقع عليه الصفة وقد قيل أوسط تلك الصفة ومعنى ذلك مايلزم المسلم اليه من تلك الصفة مع التشاح والله أعلم وأحكم

(الباب الخامس فيما تقع فيه المحاصة)

وأما ماتقع فيـه المحاصة فهو كل دين ثابت قد لزم ذمته وقد قال مالك للمرأة أن تحاص غرماء الزوج بصداقها أو مابقى منه رواه ابن حبيب وغيره عنه وهذا اذا كان قد بنى بها فان لم يبن بها ففى كتاب ابن المواز انها تحاص بجميعه لانه حق تعلق بذمته له اسقاط بعضـه بطلاقها وله اثباته باستدامة نـكاحها فان طلقها بعد الدخول فلا تأثير لطلاقها فى مسئلتنا هذه وان طلقها قبل الدخول فلا يخلو أن يكون لم يدفع اليها شيأ من الصداق أو يكون قد دفع اليها جميعه أو بعضه فان كان لم يدفع اليها شيأ من الصداق حاصت الغرماء بما وجب لها منـه وهو نصفه وان كان قد دفع اليها جميعه كان لها نصفه والنصف الثانى دين لها عليه تحاص به الغرماء وان كان دفع اليها نصفه ففى كتاب ابن المواز والعتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم فى المطلقة قبل البناء وقد كان نقدها خمسين وبقى لها خمسون مؤخرة وفلس الزوج فلترد نصف النقد وتحاص الغرماء فيما تردبنصف المهر قال ابن حبيب وهذا اذا طلقها بعد ان أفلس فأما لو طلقها وهو قائم الوجـه فقد أوجب لها ماأخذت ونصفه قبـل فلسه فلا يؤخذ منها شئ وأما ان طلق بعد الفلس فجواب ابن القاسم صحيح وهذا الذى قاله محمد فيه نظر و يجب أن يعتبر ومعنى آخر وهو أن يكون نقدها قبـل الطلاق أو بعـد الطلاق فان كان نقدها قبل الطلاق على وجه استدامة النـكاح فهذا انما سلمه اليها على أنه جزء من جميـع صداقها فان طلقها بعد ذلك فى حال فلسه كان ماقاله ابن القاسم من التراجع وكذلك لو طلقها قبل الفلس فلم ينتجز بينهما فى ذلك شئ فلا محاصة لان للزوج أن يرجع عليها بنصف مادفع اليها من المعجل و بقى نصف المؤجـل الى أن يجئ أجله وأما ان تقاصا فى ذلك ورضى الزوج بترك الرجوع عليها فى المعجل فذلك على ماقاله ابن المواز لايرجع عليها بشئ ولا ترجع هى بشئ لانه لم يدفعه اليها على أنه جزء من صداقها ولا أنه حق لاستدامة النـكاح فى المستقبل وانما دفعه اليها على أنه جميـع ماقد استحقت عليـه فهو بمنزلة أن يكون قضاها دينا لها عليه من معاملة لم يبق له عليها من سببها شئ والله أعلم (مسئلة) ولو صالح الرجل زوجته بعشرة دنانير الى شهر فأفلست حاص الغرماء بها قاله مالك فى الموازية لانه دين ثابت له عليها قد استوفت ماعاوضت به عنه كما لو باعها ثوبا قبضته (مسئلة) والمطلقة الحامل لاتضرب بنفقة الحمل مع الغرماء وكذلك الزوجة فى العصمة لاتضرب بنفقتها مع الغرماء رواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك ووجه ذلك انه معاوضة عن دين لم يقبض بعـد أو نفقة على ولد وذلك مما لا يحاص به الغرماء لان ديونهم قد تعلقت بذمتـه واستوفى

أعواضها وأما الزوجة تنفق على نفسها فى غيبة الزوج فان كان دون أن يرفع أمرها الى السلطان لم يحاص به الغرماء فان كان ذلك بعد أن رفعت الى الامام فانها تضرب به فى الفلس وهل تضرب به فى الموت قال ابن القاسم اختلف فيه قول مالك فيه فقال مرة تحاص به فى الموت كالفلس وقال مرة تحاص به فى الفلس دون الموت واختار ابن القاسم القول الاول ووجهه انه ثابت لازم لذمته لمعنى ماض قد استوفاه تجب المحاصة به فى الفلس فوجبت المحاصة له فى الموت كسائر الديون ووجه القول الثانى ان ما طريقه النفقات ضعيف لانها تسقط بالاعسار جملة ولا تتعلق بذمة ولذلك لا يحاص بها وان كانت قد لزمت وثبتت أسبابها (مسئلة) وأما نفقة الولد فقال ابن القاسم لا يضرب بنفقتهم فى موت ولا فلس وقال أشهب الولد كالزوجة وجه قول ابن القاسم انها نفقة لا تجب الا مع اليسار فلا يحاص بها الغرماء كالمستقبل من نفقة الزوجة ووجه قول أشهب ان نفقة الأبوين تلزم ابتداء من غير حكم حاكم فاذا كانت لامر ماض فى وقت يلزم الأب النفقة وجب أن يحاص بها كنفقة الزوجة (فرع) فاذا قلنا بقول أشهب فقد قال أصبغ من أنفق عليهم من أم أو أجنبى بأمر سلطان أو بغير أمره والأب يومئذ ملىء فانه يضرب بها فى الموت والفلس فان كان الأب يوم الانفاق معسرا فلا شىء للمنفق (مسئلة) وأما نفقة الأبوين فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم عن مالك ان نفقة الأبوين لا يضرب بها فى موت ولا فلس قال أصبغ الا أن تكون نفقة الأبوين قد رت بحكم أو تسلف وهو ملىء يومئذ فانها تضرب بها فى الموت والفلس ووجه قول مالك يحتمل أن يريد به النفقة المستقبلة وان كان أراد بها الماضية فان وجه ذلك انها على وجه الصلة فاشبهت الهبة التى لم تقبض ووجه قول أصبغ انه حق ثبت بحكم حاكم واستقر فى ذمته فوجب أن يضرب به فى ماله كسائر الديون (مسئلة) والمسجون فى دين امرأته أو غيرها ليس له أن تكون معه امرأته ولا أن تدخل عليه لانه سجن للتضييق عليه فاذا لم يمنع لذته لم يضيق عليه قاله سحنون ولو سجن الزوجان فى حق لم يمنعا أن يجتمعا اذا كان السجن خاليا ولو كان فيه رجال ونساء حبس الزوج مع الرجال وحبست المرأة مع النساء ووجه ذلك انهما مسجونان فلم يقصد لكونهما معه ادخال الراحة عليه والرفق به وانما قصد بذلك استيفاء حق على كل واحد منهما فاذا وجب السجن عليهما لم يمنعا الاجتماع لان التفريق ليس بمشروع وقد روى عن محمد بن عبد الحكم لا يفرق بين الأب والأبوين ولا غيرهما من القرابات فى السجن (مسئلة) ولا يمنع المحبوس فى الحقوق ممن يسلم عليه ولا ممن يخدمه وان اشتد مرضه واحتاج الى أمة تخدمه وتباشر منه ما لا يباشر غيرها وتطلع على عورته فلا بأس أن يجعل معه حيث يجوز ذلك ومن كتاب ابن سحنون ووجه ذلك ان منعه مما تدعوه الضرورة اليه يفضى به الى الهلاك وادخال المشقة العظيمة والعنت عليه وذلك غير لازم فى حقه (مسئلة) ويمنع المسجون من الخروج الى الجمعة والعيد ولا يخرج لحجة الاسلام ولا غيرها ولو أحرم بحجة فرض أو نذر أو بحجة حنث بها أو بعمرة ثم قيم عليه بأن حبس لم يكن له أن يحل ويبقى على احرامه من كتاب ابن سحنون ووجه ذلك ان هذه من حقوق الآدميين فليس له اسقاطها بالعبادة لا يفوت وقتها قال ولو ثبت ذلك عليه الدين يوم نزوله بمكة أو منى أو عرفة وهو محرم استحسنت أن يؤخذ منه كفيل حتى يفرغ من الحج ثم يحبس بعد النفر الأول واستحسن اذا اشتد مرض أبويه أو ولده أو أخته أو أخيه ومن يقرب من أقربائه وخيف عليه الموت أن يخرج فيسلم عليه ويؤخذ منه كفيل بالوجه ولا يفعل ذلك به فى غيرهم من قرابته روى ذلك كله ابن سحنون وهذا سائغ لمن قال من أصحابنا بالاستحسان فأما القياس والنظر فالمنع من ذلك

ومن أنكر من أصحابنا الاستحسان منع ذلك كله وهو الصواب عندي والله أعلم

(فصل) وقوله أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيأ فوجده بعينه فهو أحق به حمل مالك والشافعي هذا اللفظ على وجهه وقالا بذلك في البائع المفلس يجد متاعه فانه أحق به من سائر الغرماء وقال أبو حنيفة لاسبيل له اليه وهو اسوة الغرماء فيه وحديث ابن شهاب ويحيى بن سعيد في هذا الحكم حجة عليه والحديث الأول حديث ابن شهاب من مراسيل أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وهو مما اتفق على القول بها المالكيون والحنفيون على انه قد أسنده عبد الرزاق عن مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة وحديث يحيى بن سعيد مسند وهو نص في موضع الخلاف ودليلنا من جهة المعنى ان فلس المبتاع بثمن المبيع مع بقائه على صفته وعدم تعلق حق الغير به يوجب للبائع حق الفسخ ويجعله أحق به ان شاء أصل ذلك قبل القبض (مسئلة) اذا ثبت ذلك ففي هذا ثلاث مسائل احداها بماذا ثبتت السلعة للبائع والثانية فيما تثبت فيها لصاحبها والمسئلة الثالثة فيما تثبت فيها للغرماء فأما المسئلة الأولى فيما تثبت فيه السلعة للبائع وأن يقوم له بذلك بينة فان لم تقم له بذلك بينة وقال المفلس هي له ففي كتاب محمد اذا كان على الحق بينة فقال عند التفليس هذا متاع فلان فقيل يكون أولى به من الغرماء زاد ابن القاسم في العتبية يحلف بائع العبد ويكون أحق به ولم يذكر أن تقوم بينة بأصل الحق قال ابن المواز انما يكون ذلك اذا قامت بأصل الحق بينة على اقراره بذلك قبل الفلس وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك ان اقرارهم بذلك جائز بغير بينة ولعل هذا في الصناع والخلاف فيه واحد يحتمل أن يفرق بينهما بان الدين متعلق بالذمة فلا يتغير في غيرها الا ببينة والصناع لا يتعلق ما سلم اليهم بذممهم وانما يضمنونه ان ضاع على وجهما وقيل اذا لم يعين الشهود ذلك وانما شهدوا على اقراره بعبد أو سلعة لم يعينها فلا يقبل قوله في تعيينها بعد التفليس وجه القول الأول انه اذا قامت بينة بأصل الحق وافترق بذلك اقرار المفلس له بالعين فانه يقوى حجة البائع لاسيما وليس هناك من يكذب قوله فكان القول قوله مع يمينه والله أعلم ووجه القول الثاني أن البائع مدع في تعلق حقه بعين المبيع ولا يقبل منه ذلك الا ببينة (فرع) فاذا قلنا بالقول الثاني ففي كتاب ابن المواز يحلف الغرماء على علمهم فان نكلوا حلف البائع وأخذها ووجه ذلك ان البينة لازمته ويجز عنها حلف الغرماء على ما يعلمون صدقه فيما يقول ويكونون أحق بعين العبد فان نكلوا ردت اليمين عليه وحلف انه العبد الذي باع منه وكان أحق به (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الذي ثبت فيها لصاحبها انه بالخيار بين أن يأخذ سلعته بعينها وبين تسليمها ويحاص الغرماء بثمنها سواء زادت أو نقصت قاله في العتبية والموازية ابن القاسم ورواه ابن حبيب عن مالك وقال الشافعي ليس له الا سلعته ولا سبيل له الى المحاصة بثمنها والدليل على ما نقوله ان السلعة قد ملكها المفلس بالشراء بثمن تعلق بذمته فلما غابت ذمته ودخل الثمن النقص كان للبائع الخيار بين أن يرد البيع ويرجع بسلعته وبين أن ينقده ويحاص بما ثبت له من الثمن وليس في الافلاس معنى يفسخ به البيع حتى لا يكون للبائع الا سلعته (مسئلة) وأما الذي يثبت فيه للغرماء فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك ان للغرماء أن يدفعوا اليه جميع ثمنها قال ابن الماجشون ولهم أن يدفعوا اليه الثمن من أموالهم أو من أموال المفلس وقال ابن كنانة ليس للغرماء أن يفدوها بأموالهم ولكن يفدوها بثمنها في مال المفلس ان كان له مال وقال أشهب ليس للغرماء أخذها بالثمن حتى يزيدوا على الثمن زيادة يحطونها عن

المفلس من دينهم وتكون لهم السلعة لهم نماؤها وعليهم تواها وفي هذا بابان أحدهما في وجه تصير الملك الى المفلس فيكون المصير أحق بها والثاني في الأموال التي يثبت الحكم فيها فأما الباب الاول فبأي وجه صارت السلعة الى المفلس من وجوه المعاوضة فانه يكون من صيرها اليه أحق بها فمن أصدق امرأته عبدا أو سلعا قبضتها ثم أفلست وقد طلقها الزوج قبل البناء فقد روى عن ابن القاسم الزوج أحق بنصف ماوجد من ذلك ووجه ذلك ان هذا عقد معاوضة فكان هذا حكمه حكم البيع (مسئلة) ومن وهب لثواب فتغيرت عند الموهوب ثم فلس فان الواهب أحق بها كالبيع رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وقاله ابن القاسم عن مالك قالوا الا أن يعطيه الغرماء قيمتها ووجه ذلك ماقدمناه من أنه عقد معاوضة (مسئلة) ومن اشترى من الغازين شيأ من المغنم ثم فلس فأهل المغنم الذين باعوه أولى بما زاد على قدر سهمه من الغرماء رواه ابن المواز عن أصبغ الا أنه شرط في ذلك شرطا قال وذلك اذا كان شراؤه منهم خاصة بمقدار ماصار له ولهم دون الجيش والحق ثابت عليه لم يحل به بعضهم بعضا عليه فأما ان حيل عليه بما زاد على حقه فالمحال أسوة الغرماء اذا احتال وكذلك اذا لم يشتر من قوم بأعيانهم إذ ليست بسلع لقوم معينين انما هي غنائم يبيعها السلطان للخمس والجيش والمحيل ليس ببائع وانما أحيل بدين فهو وغيره سواء قال ابن المواز لا أدري من أين قال أصبغ وادّعى أن يكون المحال يقوم مقام من أحاله سواء يكون أحق بما زاد ثمنهم على سهمه على ما كان اشترى يوم الشراء (مسئلة) وأما من اشترى سلعة شراء فاسدا فأفلس البائع ثم فسخ البيع قال سحنون في كتاب ابنه المبتاع أحق بالسلعة حتى يستوفي ثمنها وقال ابن المواز لا يكون أحق بها وقال ابن الماجشون ان كان اشتراها بنقد فالمبتاع أحق بثمنها حتى يستوفي حقها وان اشتراها بدين فهو أسوة الغرماء قال ابن المواز وذلك سواء الا أن يجد ثمنها بعينه فهو أحق به ووجه قول سحنون انه لما كان قبضها قبضا يملك به كان كالرهن بيده فهو أحق بثمنها حتى يستوفي ماله فيها ووجه قول ابن المواز ان البائع انما يكون أحق بعين سلعته التي سلم لا بما سلم اليه فان ذلك يكون فيه أسوة الغرماء (مسئلة) ومن اشترى سلعة فردّها بعيب ثم أفلس البائع فوجد المبتاع السلعة بعينها ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم لا يكون الراد أحق به وأشار ابن المواز الى أنه انما يكون أحق بما دفع في السلعة المبيعة ان وجده بعينه ووجه ذلك ان الرد بالعيب ليس بمعاوضة وانما هو نقض للبيع والله أعلم

(الباب الأول في وجه تصير الملك الى المفلس فيكون المصير أحق بها)

وأما ما يثبت ذلك فيه من المبيعات فذلك ثابت في كل سلعة تعرف بعينها وان كانت مما لا يعرف بعينها فاذا ثبت انها هي سلعته بعينها ففي المدونة من رواية ابن وهب عن مالك فيمن اشترى زيتا فخلطه بزيته ثم أفلس فان للبائع أن يأخذ زيته لانها سلعة معينة فكان البائع أحق بها في فلس المبتاع لانه لم يحدث فيها عند المبتاع غير مزجها بما هو مثلها وذلك غير مؤثر في اخراجها عن ملكه ألا ترى ان خلط الرجل ملكه بملك غيره لا يخرجه عن ملكه وبيعه يخرجه عن ملكه ثم ثبت وتقرر أن البيع الذي ينقل لا يمنع البائع من أخذ ملكه عند فلس المبتاع فبأن لا يمنعه من ذلك المزج أولى وأحرى (مسئلة) وأما الدنانير والدراهم ففي العتبية من رواية سحنون عن أشهب في قوم اكتروا ابلا ودفعوا الثمن ثم فلس الجمال ووجدت دنانير أحدهم بيد الجمال بعينها أشهد عليها ان دافعها لا يكون أحق بها بخلاف السلعة وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك وابن عبد الحكم عن ابن وهب عن

مالك فيمن دفع الى صراف مائة دينار قبضها في كيسه ثم أفلس مكانه ليس ذلك مما يمنع البائع من أخذ ماله * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ويحتمل عندي أن يكون الجواب الاول مبنيا على أن الدنانير والدراهم لا تتعين والثاني مبنيا على أنها تتعين كالعروض والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيأ فوجده بعينه فهو أحق به يريد أن هذا هو الذي حكمه أن يرجع في عين متاعه ان شاء ولا شئ عليه وأما ان كان قبض من ثمنه شيأ فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) وقوله وان مات الذي ابتاعه فصاحب الحق فيه أسوة الغرماء يريد أن حكم الموت في ذلك غير حكم الفلس لانه في فلس المبتاع البائع أحق بسلعته وفي موت المبتاع البائع أسوة الغرماء وبهذا قال مالك وقال الشافعي صاحب السلعة أحق بها في الموت والفلس وهما سواء والدليل على ما نقوله حديث ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وان مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء والشافعي يقول بمراسيل سعيد بن المسيب وليست بأصح من مراسيل أبي بكر على أنه قد أسنده عبد الرزاق عن مالك عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم وعبد الرزاق ثقة ودليلنا من جهة المعنى ما احتج به القاضي أبو محمد من أن حظ تقديمه على غيره من الغرماء بعين ماله لاسقاط حق الغرماء وانفراده والفرق بين الفلس والموت أن في الفلس الذمة باقية يرجع الغرماء اليها وينتظرون الاقتضاء منها وفي الموت تبطل الذمة فيكون ذلك اسقاطا لحق باقي الغرماء من مال قد ملكه غريمهم لا رجوع لهم منه بشئ والله أعلم (مسئلة) وهذا اذا مات المبتاع قبل أن يوقف للبائع سلعته وأما ان مات بعد ذلك فقد روى في العتبية عيسى عن ابن القاسم عن مالك في المفلس السلطان يوقف ماله ويوقف منه سلعة لبائعها منه ثم يموت المبتاع فان السلعة لبائعها اذا وقفها له السلطان وان مات المبتاع قبل أن توقف له فهو أسوة الغرماء وليس ايقاف المال ايقافا له وكذلك لو تعلق بها البائع وأراد أخذها في حياة المبتاع وأبى ذلك الغرماء فانه يكون أحق بها (مسئلة) ومن اشترى سلعة معينة فلم يقبضها حتى مات البائع فالمشترى أحق بها في الموت والفلس وكذلك لو ابتاع منه طعاما على الكيل فلم يكتله حتى مات البائع فالمبتاع أحق به لانه ليس في الذمة ص ﴿ قال مالك في رجل باع من رجل متاعا فافلس المبتاع فان البائع اذا وجد شيأ من متاعه بعينه أخذه وان كان المشترى قد باع بعضه وفرقه فصاحب المتاع أحق به من الغرماء لا يمنعه ما فرق المبتاع منه أن يأخذ ما وجد بعينه فان اقتضى من ثمن المبتاع شيأ فأحب أن يرده ويقبض ما وجد من متاعه ويكون فيما لم يجد أسوة الغرماء فذلك له ﴾ ش وهذا على ما قال ان من اشترى سلعا فباع بعضها ثم أفلس فان البائع أحق بما بقي منها من سائر الغرماء وبما يصيبه من الثمن وذلك بمنزلة أن يبيع منه سلعتين ثم يفلس المبتاع فيجد البائع احدى السلعتين وقد فاتت الأخرى فانه يقبض الثمن على قيمتها ثم يكون له أن يأخذ الباقية بما يصيبها من الثمن ويحاص الغرماء بما يصيب الفائتة من الثمن فان شاء سلم التي وجد وحاص بالثمن كله وقال الشافعي وابن حنبل ليس له أن يرد من الثمن شيأ وانما له أخذ ما بقي من سلعته لانه لو قبض جميع الثمن لم يرده ويأخذ السلعة فكذلك ههنا والدليل على ما نقوله ان قبضه لجميع الثمن قد سلم به العقد من العيب في أخذ العوضين وأما اذا قبض بعض الثمن وقد أدرك الذمة التي يتعلق بها بقية الثمن عيب الفلس جاز له أن يرد ما أخذه من الثمن يتقسط على المبيع فيدخل

* قال مالك في رجل باع من رجل متاعا فافلس المبتاع فان البائع اذا وجد شيأ من متاعه بعينه أخذه وان كان المشترى قد باع بعضه وفرقه فصاحب المتاع أحق به من الغرماء لا يمنعه ما فرق المبتاع منه أن يأخذ ما وجد بعينه فان اقتضى من ثمن المبتاع شيأ فأحب أن يرده ويقبض ما وجد من متاعه ويكون فيما لم يجد أسوة الغرماء فذلك له

البقعة دارا أو نسج الغزل ثوبا ثم أفلس الذي ابتاع ذلك فقال رب البقعة أنا آخذ البقعة وما فيها من البنيان ان ذلك ليس له ولكن تقوم البقعة وما فيها مما أصلح المشتري ثم ينظر كم ثمن البقعة وكم ثمن البنيان من تلك القيمة ثم يكونان شريكين في ذلك لصاحب البقعة بقدر حصته ويكون للغرماء بقدر حصة البنيان * قال مالك وتفسير ذلك أن تكون قيمة ذلك كله ألف درهم وخمسمائة درهم فتكون قيمة البقعة خمسمائة درهم وقيمة البنيان ألف درهم فيكون لصاحب البقعة الثلث ويكون للغرماء الثلثان * قال مالك وكذلك الغزل وغيره مما أشبهه اذا دخله هذا ولحق المشتري دين لا وفاء له عنده وهذا العمل فيه * قال مالك فأما ما بيع من السلع التي لم يحدث فيها المبتاع شيأ الا أن تلك السلعة نفقت وارتفع ثمنها فصاحبها يرغب فيها والغرماء يريدون امساكها فان الغرماء يخيرون بين أن يعطوا رب السلعة الثمن الذي باعها به ولا ينقصوه شيأ وبين أن يسلموا اليه سلعته وان كانت السلعة قد نقص ثمنها فالذي باعها بالخيار ان شاء أن يأخذ سلعته ولا تباعة له في شيء من مال غريمه فذلك له وان شاء أن يكون غريما من الغرماء يحاص بحقه ولا يأخذ سلعته فذلك له

فيه ضرورة الشركة لانه اذا باع منه عبدا ورجع اليه نصف العبد أو ربعه فقد لحقه ضرورة الشركة وذلك غير لازم له فلذلك كان مخيرا بين أن يرد ما قبض ويرجع في سلعته أو يسلمها ويحاص بجميع الثمن الغرماء

(فصل) وقوله فان اقتضى من ثمن المبتاع شيأ فأحب أن يرده ويقبض ما وجد من متاعه ويكون فيما لم يجد أسوة الغرماء فذلك له وذلك يكون على وجهين أحدهما أن يجد سلعته كلها وقد قبض بعض ثمنها فان له أن يرد ما قبض ويأخذ سلعته أو يسلمها ويحاص الغرماء بما بقي له من الثمن والوجه الثاني أن يكون قبض بعض الثمن ووجد بعض السلعة فان له أن يرد مما قبض من الثمن بقدر ما يجب من الثمن لما وجد من السلعة ويمسك الباقي ويرجع فيما وجد من سلعته ويتمسك بما يصيب ما فات من السلع مما كان قبض من الثمن ويحاص ببقيته الغرماء قال ابن القاسم فيمن باع ثلاثة أرؤس بمائة دينار وقيمة أحدهم نصف الثمن والآخر ثلاثة اعشار الثمن والآخر خمس الثمن فانه يفض المائة على ذلك فان كان قبض من الثمن ثلاثين دينارا فضت على الأرؤس الثلاثة فيصيب الذي قيمته النصف خمسة عشر ويصيب الذي قيمته ثلاثة أعشار تسعة دنانير ويصيب الآخر ستة دنانير فمن مات منهم حسب عليه فيه ما نقص من ثمنه وحاص بما بقي ومن وجد منهم رد ما وقع له وأخذه ان شاء الا أن يعطيه الغرماء بقية ثمنه وحاص بما بقي ووجه ذلك ان ما قبضه من الثمن انما قبضه عن جميع المبيع فيقبض على ذلك فما أصاب منه ما فات حسب له من ثمنه وحاص الغرماء ببقيته وما أصاب منه ما أدرك كان عليه أن يرده ويأخذ عين ماله أو يترك ما أدرك ويحاص بما بقي من ثمنه ص * قال مالك فيمن اشترى سلعة من السلع غزلا أو متاعا أو بقعة من الارض ثم أحدث في ذلك المشتري عملا بنى البقعة دارا أو نسج الغزل ثوبا ثم أفلس الذي ابتاع ذلك فقال رب البقعة أنا آخذ البقعة وما فيها من البنيان ان ذلك ليس له ولكن تقوم البقعة وما فيها مما أصلح المشتري ثم ينظر كم ثمن البقعة وكم ثمن البنيان من تلك القيمة ثم يكونان شريكين في ذلك لصاحب البقعة بقدر حصته ويكون للغرماء بقدر حصة البنيان قال مالك وتفسير ذلك أن تكون قيمة ذلك كله ألف درهم وخمسمائة درهم فتكون قيمة البقعة خمسمائة درهم وقيمة البنيان ألف درهم فيكون لصاحب البقعة الثلث ويكون للغرماء الثلثان قال مالك وكذلك الغزل وغيره مما أشبهه اذا دخله هذا ولحق المشتري دين لا وفاء له عنده وهذا العمل فيه قال مالك فأما ما بيع من السلع التي لم يحدث فيها المبتاع شيأ الا أن تلك السلعة نفقت وارتفع ثمنها فصاحبها يرغب فيها والغرماء يريدون امساكها فان الغرماء يخيرون بين أن يعطوا رب السلعة الثمن الذي باعها به ولا ينقصوه شيأ وبين أن يسلموا اليه سلعته وان كانت السلعة قد نقص ثمنها فالذي باعها بالخيار ان شاء أن يأخذ سلعته ولا تباعة له في شيء من مال غريمه فذلك له وان شاء أن يكون غريما من الغرماء يحاص بحقه ولا يأخذ سلعته فذلك له * ش وهذا على ما قال في هذه المسئلة في الذي يبيع البقعة والغزل فيبني المشتري في البقعة وينسج الغزل ثم يفلس انما ينظر الى قيمة ذلك كله يوم الحكم فيه رواه عيسى عن ابن القاسم في المدنية وقال يقوم جميع البنيان جملة ولا يقوم جدارا أو خشبة خشبة وانما يقال ما قيمة هذه الدار مبنية فتعرف قيمتها ثم يقال ما قيمة البقعة براحا لا بناء فيها فيكونان فيها شركاء صاحب البقعة بقيمة بقعته وصاحب البنيان بقيمة بنيانه ورواه عيسى عن يحيى عن ابن

نافع وفى المبسوط شرطان أحدهما أن يكون العمل زيادة فى المبيع والثانى أن يكون العمل لا يفيته وذلك أن يبيع جلودا فيدبغها المبتاع أو ثيابا فيصبغها أو يقصرها فان البائع يكون له أن يأخذ سلعته ويشارك الغرماء بقيمتها وروى أصبغ عن ابن وهب أنه قال ان ذلك فوت ثم رجع الى هذا وجه القول الاول ان العين قد تغيرت تغيرا لا سبيل ان تعود الى صفتها الاولى فكان ذلك فوتا فيها ووجه القول الثانى ان العين على ما كانت عليه وانما زيد فيها عمل وأضيف اليها معنى كالنسج (فرع) فاذا قلنا بالمشاركة فبما يشاركه قال ابن القاسم يكون الغرماء شركاء بقيمة الصبغ وقيمة النسج فى الغزل وقال محمد يكونون شركاء بقدر ما زاد الصبغ وقد قال ابن القاسم فى الصباغ يدفع الثوب الى ربه ثم يفلس ربه ان الصباغ يكون شريكا فى الثوب بما زاد فيه الصبغ وجه القول الاول ان المشترى قد صنع فيه ما يجوز له وأنفق فيه نفقة فيجب أن يشارك بقيمتها لأن الصناعة التى أحدث فيه المشترى بمنزلة ما أضيف الى الثوب كما لو أخطأ الصباغ بثوب ووجه القول الثانى ان الفلس معنى يثبت فى الخيار فى رد الثوب الى بائعه فوجب أن يشارك بما زادت قيمة الصبغ والعمل كالرد بالعيب (مسئلة) ومن اشترى زبدا فعمله سمنا أو ثوبا فقطعه قيصا أو خشبة فعملها بابا أو تابوتا أو كبشا فذبحه فقد روى ابن حبيب عن أصبغ ان ذلك كله فوت وليس لبائعه الا المحاصة بخلاف العرصة تبنى والغزل ينسج وروى مطرف وغيره عن مالك فى الجلود تقطع نعالا ان ذلك فوت وأما الثياب تقطع فلا أدرى والفرق بينه وبين الغزل ينسج ان النسج عمل وصناعة معتادة تزيد فى القيمة وأما القطع فيعتبر وهو مما ينقص القيمة فى الغالب ولذلك كان فوتا وكذلك من اشترى قمحا فخلطه ثم أفلس كان لصاحب القمح أن يأخذ قمحه ولو خلطه بقمح ردىء مسوس مغلوث لكان ذلك فوتا يمنع البائع من أخذه والله أعلم (مسئلة) ومن اشترى ثمرا حائطا فى رؤس النخل ثم فلس المبتاع بعد ان يبس الثمر فأراد البائع أخذه بحقه فاختلف قول مالك فيه فى العتبية فأجازه مرة ومنعه أخرى وجه القول الاول واليه ذهب أشهب انه أخذ عين ماله وانما تبقى الذريعة الى بيع الرطب بالتمر والزام ذلك بحكم ينفى الذريعة وتبعد التهمة ووجه رواية المنع واليها ذهب أصبغ اثبات حكم الذريعة وان حكم بها حاكم وهذا أصل اختلاف قول مالك واختلفت أقواله وأقوال أصحابه فى مسائل تشبه ذلك ويبنى الخلاف فى هذه المسئلة أيضا على أصل آخر وهو اختيار البائع أخذ سلعته اذا فلس المبتاع هل هو ابتداء بيع أو نقض للبيع الاول فاذا قلنا انه ابتداء بيع روعى فيه من الذرائع ما يراعى فى عقود البيع واذا قلنا انه نقض بيع لم يحتج الى مراعاة ذلك والله أعلم وقد اختلف أصحابنا فى عبد أبق ثم أفلس المبتاع ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم له أن يرضى بالعبد ولا شئ له غيره أو يحاص الغرماء وليس له أن يحاص بقيمته على انه ان وجده أخذه ورد ما حاص به وهذا مبنى على انه نقض للبيع وروى ابن حبيب عن أصبغ انه ليس لبائع الآبق أخذه بالثمن واختاره ابن حبيب وهذا مبنى على انه عقد بيع ولا يجوز شراء الآبق (مسئلة) ومن ابتاع قمحا فزرعه ثم أفلس روى ابن المواز عن أصبغ لا يكون البائع أحق به فأما الذى زرعه فبين انه لا يكون أحق به لان تلك العين التى باعها قد تلفت والقمح الذى نبت عين أخرى وليس فى الفوات أبين من هذا وأما منع ذلك فى الذى طحن فيبنى على أصلين أحدهما انه لا يجوز بيع الحنطة بالدقيق والثانى ارتجاع البائع عين ماله بشراء حادث فلذلك منعه والله أعلم ويحتمل أن يبنيه على ان تفريق الأجزاء مانع من رجوع البائع فيه ومفيت له كقطع الثوب (مسئلة) واذا اختلط ما ابتاعه من قمح أو زيت أو

غيرهما وعرف ذلك ببينة ثم أفلس فان للمبتاع أخذه من جملة الطعام قاله مالك وقال الشافعي اذا خلطه فقد فات ولا يكون البائع أحق به والدليل على ما نقوله قول النبي صلى الله عليه وسلم أيما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره وهذا قد وجد ماله بعينه ومن جهة المعنى ان هذا بائع مدرك لعين ماله في فلس غريمه فكان أحق به من غيره كالو لم يخلطه بسواه (مسئلة) ولو اشترى طعاما من جماعة فخلطه ثم أفلس كانوا أحق به من سائر غرمائه قاله أشهب في العتبية ورواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك وكذلك الدنانير يدفعها الرجل الى الصراف يخلطها بكيسه ثم يفلس مكانه والبز يشترى به فيرفؤه و يخلطه ببزغيره فليس ذلك مما يمنع البائع من أخذ ماله قاله ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون وأشهب وابن عبد الحكم وأصبغ ووجه ذلك ان خلطه بمال لا يمنع البائع من أن يكون أحق به فبان لا يمنع ذلك خلطه بمال بائع أحرى وأولى (مسئلة) وأما ان خلطه بغير جنسه فلا يخلو أن يفسده ذلك أولا يفسده فان كان ذلك مفسدا له فقد قال أصبغ فيمن خلط ما اشترى بغير جنسه مثل أن يخلط زيت الفجل بزيت الزيتون أو القمح بالمغلوث جدا أو المسوس حتى يفسد فان ذلك يفيته وأما ان خلطه بغير جنسه على وجه لا يفسده بل على المعتاد من استعماله له مثل أن يشترى من رجل عسلا ومن آخر جرة يلتها بالعسل ثم يفلس فقد قال محمد انهما أحق بذلك من سائر الغرماء يتحاصان في ثمنها بقيمة هذا من قيمة هذا قال ابن القاسم ثم وقف عنها محمد والله أعلم ص ﴿ قال مالك فيمن اشترى جارية أو دابة فولدت عنده ثم أفلس المشترى فان الجارية أو الدابة وولدها للبائع الا أن يرغب الغرماء في ذلك فيعطونه حقه كاملا و يمسكون ذلك ﴾ ش وهذا على ما قال فيمن اشترى جارية فولدت عنده ثم أفلس فان للبائع أخذها وولدها لانه نماء من جنس العين كالسمن والنماء الحادث في العين على ضربين نماء من جنس العين كالولد ونماء من غير جنسه كثمر الشجر وصوف الغنم ولبن الأنعم وغلة الدور والعبيد فأما الضرب الاول فان حدث الولد عند المشترى ثم أفلس فان للبائع أخذه مع أمه على ماذكر أو تركهما مع ولدها ومحاصة الغرماء بجميع الثمن فان لم يجد فلا يخلو أن يكون المشترى باع ذلك أو لم يبعه فان كان باع الأولاد ووجد الأم ففي كتاب ابن المواز عن مالك له أن يأخذ الأم بجميع الثمن أو يسلمها و يحاص الغرماء وذكره عيسى عن ابن القاسم في العتبية قال ولا شئ له في الولد وروى يحيي بن يحيي عن ابن القاسم عن مالك أنه يقسم الثمن على الأم والولد فيأخذ الأم بحصتها من الثمن ويحاص بما أصاب الأولاد من الثمن وجه الرواية الأولى ان الولد لم يتناوله البيع وانما كان نماء حدث فان لم يجده فلا شئ له منه كالثمرة واللبن والغلة ووجه الرواية الثانية انه نماء من جنس العين فكان للبائع أخذه وأخذ ثمنه ان كان باعه ولا يجوز اعتباره بالغلة لان الغلة من غير الجنس ولانه لو وجد الولد وحده لكان له أخذه والمحاصة ببقية الام من الثمن ولو وجد النماء من غير الجنس لم يكن له ذلك فيه (مسئلة) وأما ان لم يبع المشترى الولد ولكنه تلف فان كان تلف على وجه لا عوض فيه كالموت والاباق فقد قال مالك في العتبية والموازية لو ماتت الام وبقى الولد أو مات الولد وبقيت الام فليس له أخذ الباقي منهما الا بجميع الثمن أو الترك والمحاصة بجميع الثمن أو اسلامه وقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك فيمن باع أمة فعميت أو اعورت بغير جناية ثم أفلس فاما أخذها البائع بجميع الثمن أو أسلمها * قال مالك وكذلك الثوب يخلق أو يدخله فساد كالأمة (فرع) وأما ان تلف على وجه فيه العوض مثل أن يجنى عليه جان فان أخذ له عقلا فهو مثل بيعه رواه ابن حبيب عن ابن القاسم وان لم يأخذ له عقلا فهو مثل الموت ولو كان المشترى هو

*وقال مالك فيمن اشترى جارية أو دابة فولدت عنده ثم أفلس المشترى فان الجارية أو الدابة وولدها للبائع الا أن يرغب الغرماء في ذلك فيعطونه حقه كاملا و يمسكون ذلك

الجانى عليه فلم أرفيه نصا وهذا كله اذا حدث الولد عند المشترى فأما لو بيعا جميعا فهو بمنزلة سلعتين بيعا فى صفقة واحدة فى وجود من وجد منهما رواه ابن وهب عن مالك

(فصل) وأما ما كان من النماء من غير جنس المبيع فلا يخلو أن يكون موجودا حين البيع أو حدث بعد ذلك فما كان منه موجودا حين البيع على صفة نبينها بعد هذا ان شاء الله تعالى مثل الصوف على ظهور الغنم قال أصبغ قد حان جزازه فجزه المبتاع ثم أفلس فان كان موجودا وكان على ظهور الغنم لم يجزه فهو للبائع مع الرقاب عند ابن القاسم ولو جزه المبتاع ولم يفت ففى كتاب ابن حبيب عن أصبغ للبائع أخذه مع الغنم وقد روى محمد عن ابن القاسم وان كان قد مات ثم فلس قال أصبغ لا يكون للبائع الا قيمته بقسط الثمن على الصوف ورقاب الغنم يحاص الغرماء بما للصوف من الثمن فكان له أن يأخذ الغنم بباقى الثمن أو يسلمها رواه ابن المواز وابن حبيب عن ابن القاسم ووجه ذلك انه يصح افراده بالبيع فكان له حصة من الثمن كالسلعتين (مسئلة) وأما الثمرة تباع مع الأصل ففى كتاب محمد وكتاب ابن حبيب قد أبرت فيقضى له بحصتها من الثمن وأما ما قبل ذلك فحكمها حكم المبيع لانه لا يجوز افرادها بالبيع ولا حصة لها من الثمن واغا راعى ابن حبيب الابار لانها حينئذ لا تتبع النخل الا بالشرط فكان لها على هذا حصة من الثمن وان فلس المبتاع قبل أن يجد فهو أحق بالأصل والثمرة ما لم يفارق الأصل وقيل ما لم تيبس وروى القولان عن مالك قال ابن القاسم القول الأول هو القياس والثانى هو الاستحسان وهو أحب الى ووجه الأول ما قدمناه قال مالك ما دامت الثمرة فى رؤس النخل لم تجد ولم تبع فهى كالولد وهذا على القول الاول جعلها ما دامت متصلة بالأصل كالنماء الحادث فيه من جنسه وأما ان كانت قد جدت فقد قال محمد للبائع قيمة ذلك عند ابن القاسم ويحتمل أن يكون هذا على ما قدمناه من أن لا رتجاع المبيع حكم العقد وهذا ثمر قد انفصل من أصله فوجب عوضا عن ثمرة مزهية فلم يجد ذلك فرجع فيه الى القيمة (مسئلة) وان لم يكن فى الشجر عند البيع ثمر ولا على ظهور الغنم صوف ثم استغلها المشترى مدة أعوام ثم أفلس فان البائع يأخذ الأصول ولا شئ له من الغلة وان كانت الثمرة باقية فى الشجر والصوف باق على الغنم ففى العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم ان كان فى النخل يوم التفليس ثمر قد طابت فهى للغرماء وكذلك ما حل من غلة دار وروى أصبغ عن ابن القاسم عن مالك ان للبائع أخذها بثمرها ما دامت فى النخل وجه القول الاول انه قد جاز افرادها فكان لها حكمها كالتى جدت ووجه القول الثانى أنها ما دامت متصلة بملك البائع وغير مفارقة له فانها لم تزل عن ملكه فكان له استرجاعها فى الفلس كنماء الأغصان ما لم يطب من الثمر وصوف الغنم (فرع) وأما الصوف على ظهور الغنم يكون قد تم عند المفلس ففى العتبية أنه للبائع والفرق بينه وبين الثمرة على قول ابن القاسم انه للغرماء ما احتج به من أن الصوف يكون للمشترى بمطلق العقد فى بيع الغنم والثمرة المأبورة فلا يكون له بمطلق العقد والله أعلم

﴿ ما يجوز من السلف ﴾

ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن أبى رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال استسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم بكرا فجاءته ابل من الصدقة فقال أبو رافع فأمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقضى الرجل بكره فقلت لم أجد فى الابل الا جملا خيارا رباعيا

﴿ ما يجوز من السلف ﴾
* حدثنى يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء ابن يسار عن أبى رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال استسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم بكرا فجاءته ابل من الصدقة قال أبو رافع فأمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أقضى الرجل بكره فقلت لم أجد فى الابل الا جملا خيارا رباعيا

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطه اياه فان خيار الناس أحسنهم قضاء ﴾ ش قوله استسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم بكرا يدل على جواز ثبوت الحيوان فى الذمة وانما يضبط بالصفة ولولا ذلك لما جاز ثبوته فى الذمة عوضا عما يستقرضه المستقرض لانه لاخلاف ان عليه رد مثل ما استقرض ووافقنا على ذلك أبو حنيفة ومنع منه فى السلم وقد تقدم الكلام فيه (مسئلة) والقرض يجوز أن يكون مؤجلا وغير مؤجل فان كان مؤجلا لم يكن للقرض أن يطلبه قبل الأجل وللمستقرض أن يدفعه متى شاء قبل الأجل اذا كان عينا لانه انما أقرضه لمجرد منفعة المستقرض ولا يكون ذلك منفعة للقرض ولو كان له أن يبقيه فى ذمة المستقرض الى الأجل لكان فى ذلك وجه منفعة يمنع صحة القرض وان كان قد أقرضه عرضا

(فصل) وقوله فجاءته ابل من الصدقة قال أبو رافع فأمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقضى الرجل بكره لايخلو أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم يقترض البكر لنفسه أو لغيره من أهل الصدقة فان كان اقترضه لنفسه فانه لاتحل له الصدقة وقول أبى رافع له لما جاءته ابل من الصدقة أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقضى الرجل بكره يحتمل وجوها أحدها ان ما أمره أن يقضى منه الرجل كان من ابل الصدقة قد بلغ محله ثم صار الى النبى صلى الله عليه وسلم بابتياع أو غيره وان كان أقرضه لاحد من أهل الصدقة جاز أن يقضيه منها كما يستقرض والى اليتيم على ماله غير أنه لايجوز أن يعطى من أموال المساكين ماهو أفضل مما أخذ لهم الا أن يكون المقرض من أهل الصدقة فيكون فضل الشئ صدقة عليه وليس فى الحديث ما يدل على اخراج الزكاة قبل حلولها على قولنا انه استقرض للمساكين وانما فيه ما يدل على أنه استقرض للمساكين من رجل لاتجب عليه صدقة أو تجب عليه الصدقة فيقضيه قرضه كما فعل صلى الله عليه وسلم ويقبض منه ما وجب عليه من الزكاة فلو كان من باب تعجيل الزكاة قبل الحلول لتعجلها ولم يحتج أن يقرض ولو شاء لعجلها اقتراضا لما احتاج أن يقضيه عند الاجل ولو تعلق متعلق بأن هذا الحديث يدل على المنع من ذلك لما ذكرناه ما أبعد والله أعلم ويحتمل أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم انما يكون له هذا البكر الذى قضاه من ابل الصدقة اما بعد أن بلغ محله وصار لعامل عليها أو غيره من الغارمين أو الفقراء أو أبناء السبيل ممن احتاج الى بيعه وقد روى أبو سلمة عن أبى هريرة أن رجلا تقاضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأغلظ له فهم أصحابه به فقال دعوه فان لصاحب الحق مقالا واشتروا له بعيرا فأعطوه فقالوا لانجد الا أفضل من سنه قال اشتروه فأعطوه اياه فان خيركم أحسنكم قضاء ولا يبعد أن يكون ذلك كله فى قضية واحدة فحفظ أبو رافع ان أصله من ابل الصدقة وحفظ بعض الرواة عن أبى هريرة الشراء ص

﴿ مالك عن حميد بن قيس المكى عن مجاهد أنه قال استسلف عبد الله بن عمر من رجل دراهم ثم قضاه دراهم خيرا منها فقال الرجل يا أبا عبد الرحمن هذه خير من دراهمى التى أسلفتك فقال عبد الله بن عمر قد علمت ولكن نفسى بذلك طيبة * قال مالك لا بأس بأن يقبض من أسلف شيأ من الذهب أو الورق أو الطعام أو الحيوان ممن أسلفه ذلك أفضل مما أسلفه اذا لم يكن ذلك على شرط منهما أو وأى أو عادة فان كان ذلك على شرط أو وأى أو عادة فذلك مكروه ولا خير فيه * قال مالك وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى جملا رباعيا خيارا مكان بكر استسلفه وان عبد الله بن عمر استسلف دراهم فقضاه خيرا منها فاذا كان ذلك عن طيب نفس من المستسلف ولم يكن ذلك على شرط ولا وأى ولا عادة كان ذلك حلالا لابأس به ﴾ ش قضى عبد الله بن عمر رضى الله عنه من أسلفه الدراهم

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطه اياه فان خيار الناس أحسنهم قضاء * وحدثنى مالك عن حميد بن قيس المكى عن مجاهد انه قال استسلف عبد الله بن عمر من رجل دراهم ثم قضاه دراهم خيرا منها فقال الرجل يا أبا عبد الرحمن هذه خير من دراهمى التى أسلفتك فقال عبد الله بن عمر قد علمت ولكن نفسى بذلك طيبة * قال مالك لا بأس بأن يقبض من أسلف شيأ من الذهب أو الورق أو الطعام أو الحيوان ممن اسلفه ذلك أفضل مما أسلفه اذا لم يكن ذلك على شرط منهما أو وأى أو عادة فان كان ذلك على شرط أو وأى أو عادة فذلك مكروه ولا خير فيه * قال وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى جملا رباعيا خيارا مكان بكر استسلفه وان عبد الله بن عمر استسلف دراهم فقضى خيرا منها فان كان ذلك على طيب نفس من المستسلف ولم يكن ذلك على شرط ولا وأى ولا عادة كان ذلك حلالا لابأس به

خيرامنها الظاهرانها أفضل في الصفة على وجه المعروف ولقول النبي صلى الله عليه وسلم فان خيركم أحسنكم قضاء وهذا لاخلاف في جوازه سواء كانت قيمة تلك الفضيلة كثيرة أو قليلة وهذا مالم يكن في مقابلة تلك الفضيلة نقص من وجه آخر مثل أن يسلفه عشرة دنانير رديئة الذهب فيقضيه ثمانية جيدة الذهب أو يكون عنده عشرة دنانير مسكوكة رديئة الذهب فيقضيه عشرة دنانير من التبر الجيد فهذا لا يجوز لانه من باب المعاوضة فيؤدي الى بيع الذهب بالذهب الى أجل لما كان من جنسين (مسئلة) وان كانت الفضيلة في القدر فلا يخلو أن يكون اقراضه وزنا أو عددا فان كان اقراضه وزنا فلا اعتبار بالعدد ولا يجوز أن يقضيه أكثر من ذلك الوزن الا أن يكون اليسير (مسئلة) فان أقرضه عددا جاز له أن يقضيه مثل ذلك العدد أفضل وزنا مثل أن يقرضه مائة درهم انصافا فيقضيه مائة وازنة لان الفضيلة حينئذ تكون في الجنس ولا يجوز أن يزيده في العدد الا الزيادة اليسيرة على ماتقدم ولو قضاه أقل عددا أو أكثر وزنا أو أكثر عددا أو أقل وزنا لم يجز لما قدمناه

(فصل) وقوله لابأس أن يقبض من الرجل أفضل مما سلفه اذا لم يكن على شرط ولا عادة يريد أنه انما يجوز أن تكون نفسه طيبة بذلك أن يفعله ابتداء من غير أن يشترط عليه أو يجري من ذلك على عادة يكون القرض من أجلها ولذلك قال الرجل لعبد الله بن عمر هذه خير من دراهمي انكارا لذلك ولو كان ذلك على سبيل الشرط أو لعادة يرجوها لما أنكر أن يدفع اليه أفضل من دراهمه فأما الشرط فلا خلاف في منعه وأما العادة فقد منع من ذلك مالك أيضا وأما أبو حنيفة والشافعي فيكرهانه ولا يرانه حراما والدليل على صحة ماذهب اليه مالك ان العادة معنى يتعلق به القصد فوجب أن يمنع زيادته كالشرط ولان المقترض اذا أقرض لهذا الرجاء الذي اعتاده فقد دخل عمله الفساد والتحريم لم يقصد بما أقرضه المعروف الذي هو من مقتضى القرض ولذلك أبدى ابن عمر معنى الجواز في الزيادة وقال ان نفسي بذلك طيبة وان الزيادة التي زادها لاتعلق لها بشرط ولا عادة وانها مختصة بطيب نفسه ورضا باسداء المعروف الى من أقرضه والله أعلم

﴿ مالا يجوز من السلف ﴾

ص ﴿ مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب قال في رجل أسلف رجلا طعاما على أن يعطيه اياه في بلد آخر فكره ذلك عمر بن الخطاب وقال فأين الحمل يعني حملانه ﴾ ش قوله رضي الله عنه في الذي أسلف طعاما على أن يعطيه اياه ببلد آخر فأين الحمل تبيين لوجه المنع ومقتضى التحريم لانه اذا شرط عليه زيادة في قرضه وذلك متفق على فساده لاسيما في ماله حمل كالطعام وسائر المتاع ولو لم يكن بينهما شرط فلقيه ببلد غير بلد القرض جاز أن يتفقا على القضاء حيث التقيا رواه عبد الحكم عن مالك وذلك أن هذه زيادة المقترض من غير شرط وقد تقدم أن ذلك جائز (مسئلة) وأما البيع فلا بأس أن يشترط عليه قضاء في غير بلد التبايع لانه لا يمنع من الازدياد فيه فان لقيه بعد الأجل في غير ذلك البلد واتفقا على القضاء فيه جاز ذلك اذا أخذ مثل الذي لا يجوز ذلك قبل الأجل قاله مالك ووجه ذلك أنه يدخله قبل الأجل حط عني الضمان وأزيدك أو ضع وتعجل (مسئلة) فان كان القرض في دراهم مثل الصفائح التي يدفعها رجل لآخر على وجه السلف ليقضيه اياها ببلد آخر فالمشهور من مذهب مالك المنع وروى أبو الفرج الجواز (مسئلة) وأما في البيع فيجوز أن يشترط عليه القضاء ببلد آخر ولا يخلو أن يضرب لذلك أجلا أو لا يضرب أجلا فان ضرب لذلك أجلا جاز

﴿ مالا يجوز من السلف ﴾
* حدثني يحيى عن مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب قال في رجل اسلف رجلا طعاما على أن يعطيه اياه في بلد آخر فكره ذلك عمر بن الخطاب وقال فأين الحمل يعني حملانه

* وحدثني مالك انه بلغه ان رجلا أتى عبد الله بن عمر فقال يا أبا عبد الرحمن انى أسلفت رجلا سلفا واشترطت عليه أفضل مما أسلفته فقال عبد الله ابن عمر فذلك الربا قال فكيف تأمرنى يا أبا عبد الرحمن فقال عبد الله السلف على ثلاثة وجوه سلف تسلفه تريد به وجه الله فلك وجه الله وسلف تسلفه تريد به وجه صاحبك فلك وجه صاحبك وسلف تسلفه لتأخذ خبيثا بطيب فذلك الربا قال فكيف تأمرنى يا أبا عبد الرحمن قال أرى أن تشق الصحيفة فان أعطاك مثل الذى أسلفته قبلته وان أعطاك دون الذى أسلفته فأخذته أجرت وان أعطاك أفضل مما أسلفته طيبة به نفسه فذلك شكر شكره لك ولك أجر ما أنظرته * وحدثني مالك عن نافع انه سمع عبد الله بن عمر يقول من أسلف سلفا فلا يشترط الا قضاءه وحدثني مالك انه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يقول من أسلف سلفا فلا يشترط أفضل منه وان كانت قبضة من علف فهو ربا

وحينما لقيه عند انقضاء الأجل كان له أن يأخذه بماله عليه ولم يكن لمن عليه الدين الامتناع من القضاء لماشرط من البلد ووجه ذلك أن الدنانير والدراهم هى مما يقوم بها ولا تقوم بغيرها واذا لم يكن لها قيمة لم تختلف باختلاف البلدان وانما تختلف باختلاف الوزن والجنس وقد لزم منه ما لا يغير وأما سائر المبيعات فتختلف قيمتها باختلاف البلاد فلم يكن على من عليه الدين منهما أن يقضى بغير ذلك البلد وقوله فأين الحمل يريد انه قد ازداد عليه بالقرض الحمل اذا شرط ذلك عليه وقد روى عنه انه قال فأين الحمل وروى ابن مزين عن مالك انه قال أراد به الضمان والحمل يريد والله أعلم مؤنة الحمل والضمان فى مدته مع ما فى ذلك من الغرر ولم يمنع الضمان فى مدة الاقتراض من صحة القرض لان ذلك مقتضى الانتفاع بما اقترضه المقترض وأما ضمانه فى مدة الحمل من بلد الى بلد فأمر ثابت بالشرط وزيادة لها قدر والله أعلم ص ﴿مالك أنه بلغه أن رجلا أتى عبد الله بن عمر فقال يا أبا عبد الرحمن انى أسلفت رجلا سلفا واشترطت عليه فضل مما أسلفته فقال عبد الله بن عمر فذلك الربا قال فكيف تأمرنى يا أبا عبد الرحمن فقال عبد الله بن عمر السلف على ثلاثة أوجه سلف تسلفه تريد به وجه الله فلك وجه الله وسلف تسلفه تريد به وجه صاحبك فلك وجه صاحبك وسلف تسلفه لتأخذ خبيثا بطيب فذلك الربا قال فكيف تأمرنى يا أبا عبد الرحمن قال أرى أن تشق الصحيفة فان أعطاك مثل الذى أسلفته قبلته وان أعطاك دون الذى أسلفته فأخذته أجرت وان أعطاك أفضل مما أسلفته طيبة به نفسه فذلك شكر شكره لك ولك أجر ما أنظرته * مالك عن نافع أنه سمع عبد الله بن عمر يقول من أسلف سلفا فلا يشترط الا قضاءه * مالك أنه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يقول من أسلف سلفا فلا يشترط أفضل منه وان كانت قبضة من علف فهو ربا﴾ ش قول الرجل انى أسلفت سلفا واشترطت عليه أفضل مما أسلفته ومجاوبة ابن عمر له على هذا قبل أن يستفسر وجه الفضيلة بانه ربا دليل على ان سائر أنواع الفضيلة من الزيادة فى الوزن أو الجودة أو على أى وجه كانت الفضيلة تمنع صحة القرض

(فصل) وقوله فما تأمرنى يا أبا عبد الرحمن طلبا للخروج مما وقع فيه واسترشادا لما يتخلص به من الربا الذى قد تورط فيه بغير علم فقال له ابن عمر السلف على ثلاثة أوجه سلف تريد به وجه الله فلك وجه الله يريد لك ما لمن أراد وجه الله من الثواب وسلف تريد به وجه صاحبك يريد انك تقصد به استرضاءه وتطييب نفسه فلك وجه صاحبك يريد والله أعلم أن لك رضاه وطيب نفسه وهذان الوجهان ليس فيهما ازدياد والثالث أن تسلف أخاك لتأخذ خبيثا بطيب يريد ما سأله عنه هذا السائل من شرط الزيادة فيأخذ ما يحرم عليه وهذا الخبيث عوضا عن الطيب وهو الحلال الذى أعطاه لأنه كان طيبا قبل أن يقرضه على وجه الربا فجاوبه ابن عمر بتبيين وجه تحريم ما أخبره عن تحريمه وفصل له وجوه السلف ليكشف له عن معانيها ويبين له طيبها من خبيثها

(فصل) ثم قال له أرى أن تشق الصحيفة يريد أن يبطل الشرط الذى ثبت فى الصحيفة ولا يعتقد الطلب له بل يعتقد اسقاط الشرط جملة وهكذا من أسلف رجلا وشرط عليه زيادة وكان قرضه مؤجلا كان له أن يبطل القرض جملة لتعذر استيفائه للشرط الذى شرطه ويعجل قبض ماله والافضل له أن يسقط الشرط ويبقيه على أجله دون شرط وان كان غير مؤجل كان له أن يأخذ ماله ويبطل شرطه

(فصل) وقوله فان أعطاك مثل الذى أسلفته قبلته وهو الذى يلزمه وليس لك غيره وان أعطاك دون الذى أعطيته فأخذته أجرت ندب الى الخير والتناهى فى الرجوع عن الشرط وذلك ان شاء

أن لا يأخذ أدون من الذي أعطى كان له ذلك لكنه ان سامح وتجاوز وأخذ أدون مما أعطى فذلك أعظم لأجره لأنه يضيف الى أجل القرض أجل التجاوز

(فصل) فان أعطاك أفضل مما أعطيته طيبة به نفسه يريد أن لا يعطيك من أجل شرطك وذلك يقتضي انه يلزمه أن لا يطالبه بذلك الشرط وانه قد أبطله وتركه وان زاده بعد ذلك فانه يزيده شكرا له ولا يبطل بذلك أجر ما أنظره

(فصل) وقول ابن عمر فلا تشترط الاقضاء يريد أن لا يشترط زيادة ولا منفعة ولا شيأ الا قضاء مثل ما أعطى قال ابن مسعود ولا يشترط أفضل منه يريد زيادة عليه ولو كان قبضة من علف يريد قليل ذلك وكثيره ثم اعلم ان شرط زيادة وان كانت يسيرة فانها ربا ولا خلاف ان الزيادة ربا ولكن انما أراد به انها من جملة الربا المنهي عنه لأن هذا اللفظ اذا أطلق في الشرع فظاهره الزيادة الممنوعة ولذلك قال الله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا والبيع لا يخلو من الزيادة في الاغلب ولكن لفظ الربا يختص بالممنوع ص ﴿ قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا أن من استسلف شيأ من الحيوان بصفة وتحلية معلومة فانه لا بأس بذلك وعليه أن يرد مثله الا ما كان من الولائد فانه يخاف في ذلك الذريعة الى احلال ما لا يحل فلا يصلح وتفسير ما كره من ذلك أن يستسلف الرجل الجارية فيصيبها ما بدا له ثم يردها الى صاحبها بعينها فذلك لا يصلح ولا يحل ولم يزل أهل العلم ينهون عنه ولا يرخصون فيه لأحد ﴾ ش وقوله من استسلف شيأ من الحيوان بصفة وتحلية معلومة فلا بأس به يريد ان يكون ما استسلفه معلوم الصفة والحلية ليتمكن من رد مثله ولو كان مجهول الصفة لتعذر عليه أن يرد مثله وهو قول مالك والشافعي وجمهور الفقهاء الا ما روي وقد تقدم ذكره وقوله الا ما كان من الولائد فانه يخاف من ذلك الذريعة الى احلال ما لا يحل يريد انه لا يحل قرض الجواري وبه قال أبو حنيفة والشافعي وجمهور الفقهاء وروي عن المازني اباحة ذلك ووجه ذلك ما احتج به من حظر الفروج ومعلوم ان من استقرض شيأ كان له أن يرده متى شاء بعد أخذه بساعة أو أكثر من ذلك وان كان قد انتفع به ما كان على صفته فمن أراد الاستمتاع بجارية غيره اقترضها منه فوطئها ثم ردها اليه من ساعته وهذه اباحة للفروج المحظورة (مسئلة) وقال محمد بن عبد الحكم يجوز ذلك اذا كانت ذات محرم للمستقرض مثل ان تكون أمه أو أخته من الرضاعة أو عمته أو خالته من النسب لأنه يسلم مما قاله وعلى هذا الذي قاله يجوز للنساء استقراض الجواري وانما يحرم ذلك على الرجال خاصة والله أعلم (فرع) فان اقترض رجل ممن ذكرنا منعه منها فلا خلاف عن مالك ومن قال بقوله في المنع من ذلك ان الجارية ترد بعينها ما لم يطأها ويفسخ القرض واختلفوا اذا وطئها فقال مالك تفوت بالوطء وتكون الجارية للمستقرض وتلزمه قيمتها وقال الشافعي يردها ويرد معها عقدها وان حملت ردها بعد الولادة وقيمة ولدها حيا يوم الولادة ويرد معها ما نقصتها الولادة وان ماتت لزمه مثلها فان عدم مثلها فعليه قيمتها والدليل على صحة ما نقوله أن عقود التمليك تفوت عند نامع بقاء الاعيان ولما دفع صاحب الجارية الجارية على وجه التمليك فاتت بالوطء الذي منع القرض من أجله فلو أجزنا له ردها لكنا قد أتممنا القرض الفاسد والمقصود الممنوع منه فلما وجد معنى المنع وفات ردها بذلك أوجبنا له قيمتها واذا وجبت قيمتها بطل جميع ما أوجبه بعد الوطء من قيمة الولد وغير ذلك لان القيمة انما تلزمه يوم قبضها

قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان من استسلف شيأ من الحيوان بصفة وتحلية معلومة فانه لا بأس بذلك وعليه ان يرد مثله الا ما كان من الولائد فانه يخاف في ذلك الذريعة الى احلال ما لا يحل فلا يصلح وتفسير ما كره من ذلك أن يستسلف الرجل الجارية فيصيبها ما بدا له ثم يردها الى صاحبها بعينها فذلك لا يصلح ولا يحل ولم يزل أهل العلم ينهون عنه ولا يرخصون فيه لأحد

﴿ مانهى عنه من المساومة والمبايعة ﴾ حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبدالله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يبع بعضكم على بيع بعض * وحدثني مالك عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تلقوا الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد ولا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضيها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر * قال مالك وتفسير قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما نرى والله أعلم لا يبع بعضكم على بيع بعض انه انما نهى أن يسوم الرجل على سوم أخيه اذا ركن البائع الى السائم وجعل يشترط وزن الذهب ويتبرأ من العيوب وما أشبه ذلك مما يعرف به ان البائع قد أراد مبايعة السائم فهذا الذي نهى عنه والله أعلم * قال مالك ولا بأس بالسوم بالسلعة توقف للبيع فيسوم بها غير واحد قال ولو ترك الناس السوم عند أول من يسوم بها أخذت بشبه الباطل من الثمن ودخل على الباعة في سلعهم المكروه ولم يزل الأمر عندنا على هذا

﴿ مانهى عنه من المساومة والمبايعة ﴾

ص ﴿ قال مالك عن نافع عن عبدالله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يبع بعضكم على بيع بعض وقال مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تلقوا الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد ولا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضيها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر * قال مالك وتفسير قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما نرى والله أعلم لا يبع بعضكم على بيع بعض أنه انما نهى أن يسوم الرجل على سوم أخيه اذا ركن البائع الى السائم وجعل يشترط وزن الذهب ويتبرأ من العيوب وما أشبه ذلك مما يعرف به أن البائع قد أراد مبايعة السائم فهذا الذي نهى عنه والله أعلم * قال مالك ولا بأس بالسوم بالسلعة توقف للبيع فيسوم بها غير واحد قال مالك ولو ترك الناس السوم عند أول من يسوم بها أخذت بشبه الباطل من الثمن ودخل على الباعة في سلعهم المكروه ولم يزل الأمر عندنا على هذا ﴾ ش قول النبي صلى الله عليه وسلم لا يبع بعضكم على بيع بعض يريد والله أعلم لا يشتر والعرب تقول اشتريت وشريت بمعنى بعت قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة وكانوا فيه من الزاهدين وقال ولبئسما شروا به أنفسهم لو كانوا يعلمون قاله ابن حبيب وقال انما النهي للمشتري دون البائع ونحو هذا روى أبو عبيد عن أبي عبيدة وأبي زيد قال أبو عبيدة ليس للحديث وجه غير هذا عندي لان البائع لا يكاد يدخل على البائع وانما المعروف أن يزيد المشتري على المشتري وأنشد بعضهم للحطيئة * وبعت لذبيان العلاء بمالكا * يريد اشتريت * قال القاضي أبو الوليد وعندي انه يحتمل أن يحمل اللفظ على ظاهره فيمنع البائع أيضا من أن يبيع على بيع أخيه اذا كان قد ركن المشتري اليه ووافقه في ثمن سلعته ولم يبق الا تمام العقد فيأتي من يصرفه عن ذلك بان يعرض عليه غيره على غير وجه الارخاص عليه وانما حمل ابن حبيب على ما قاله لان الارخاص مستحب مشروع فاذا أتى من يبيع بأرخص من بيع الاول فلا منع في ذلك عنده والله أعلم وقد منع من تلقي السلع وذلك ارخاص على متلقيها غير ان فيها اغلاء على أهل الأسواق التي هي أعم نفعا للسلمين والضعيف الذي لا يقدر على التلقي

(فصل) وقوله على بيع أخيه يريد المسلم ولم يجعل ذلك شرطا فيما يمنع من البيع على بيعه وانما ذلك لاظهار قبح فعله ولذلك ذكره بالاخوة التي تمنع المقابحة ولو كان الذي ركن الى بيعه يهوديا أو نصرانيا فانه لا يزاد عليه قاله مالك في كتاب ابن المواز وبه قال أبو حنيفة والشافعي وجوز ذلك الأوزاعي والدليل على ما نقوله ان هذا له عهد وذمة كالمسلم أيضا فان كل حكم بين مسلم وذمي فانه يكون على حكم الاسلام (مسئلة) فان وقع وسام رجل على سوم أخيه روى ابن حبيب عن مالك يستغفر الله ويعرضها على الاول بالثمن زادت أو نقصت فان شاء أخذ وان شاء ترك وروى سحنون عن ابن القاسم في العتبية لا يفسخ وأرى أن يؤدب وقال غيره بل يفسخ ذلك وجه قول مالك يؤدب يريد لمن عصى بهذا الفعل الى الاستغفار منه وندبه لمن منعه منه وظلمه فيه وزاد ابن القاسم انه يعاقب بالأدب ولعله يريد من تكرر ذلك منه بعد الزجر ووجه قول الغير يفسخ أن قول النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنه والنهي يقتضي فساد المنهي عنه (فرع) فاذا قلنا بقول مالك يعرضها على الاول فان كان

الثانى أنفق عليها نفقة زادت له أعطاه النفقة مع الثمن فان نقصت فان شاء أخذ المبيع ولا شئ له وان شاء ترك رواه ابن حبيب عن مالك ومن بقى من أصحابه ووجه ذلك ان هذه النفقة ان كانت باقية كان للاول العوض منها وان كانت قد تلفت ولم تؤثر زيادة فلا شئ له منها وهذا وجه يتلخص مما دخل فيه والله أعلم

(فصل) وقول مالك ان معنى ذلك أن لا يسوم الرجل على سوم أخيه اذا كان قد ذكر البائع الى السائم مما يعرف به انه قد أراد مبايعته ظاهره يقتضى ان البيع فى الحديث بمعنى الشراء ويبين ان المنع انما يتعلق بحالة الاتفاق دون أشد المساومة ووقت الاختلاف وهو على ما قال ولا خلاف فيه ولو منع من السوم على سوم متاع مع تباين ما بينهما وتباعدهما لفسدت بذلك حال كل بائع فما كان أحد شاء أن يمنعه من بيع السلعة الا ساومه بها وأعطاه عشر ثمنها فاذا خرج على غير المساومة بها بما تقدم منه كان فى ذلك ضرر بين البائع ومنع من بيع سلعته الا باليسير من ثمنها ممن يمنع من بيعها من غيره من أجل مساومته وهذا الاخلاف فى منعه (مسئلة) وهذا فى بيع المساومة وأما فى بيع المزايدة ففى الواضحة انه خارج عما نهى عنه من السوم على سوم أخيه وقد استحب مالك للسلطان فيما يبيع على مفلس أو ميت أن يتأنى ثلاثا عسى يزاد ان يزيد وفى بيع العقار ينادى عليه الشهرين والثلاثة بصفته ونعته وتسمية ما فيه فاذا بلغ منتهاه على أحد استأناه ثلاثا قبل الايجاب يكون فيه الخيار للسلطان لا للمبتاع فان زيد عليه قبله والا الزمه فاذا أوجبه ثم جاء من يزيد لم تقبل زيادته وهذا معنى صحيح وبيع المساومة أن يقف الرجل بسلعته يسوم بها من يريد شراءها أو يجلس بها فى حانوت أو مكان فمن مر به ساومه عليها فهذا اذا ركن الى المبتاع فهو الذى نهى أن يدخل على بيعه أحد لانه انما نهى أن يبيع سلعته على المساومة ومن فارقه ولم يوجبه أو رد ما أعطاه من السوم ثم أراد أن يلزمه البيع لم يكن له ذلك وبيع المزايدة هو الرجل يعرض سلعته فى السوق يمشى بها على من يشترى تلك السلعة ويطلب زيادة من يزيد فيها فهذا لا يمنع أحد من الزيادة فيها قبل الايجاب ويلزم من زاد فيها شراؤها بما زاد وان فارقه بغير الايجاب لانه انما أراد على انه ان زاد غيره عليه والا فهى له بما زاد فيها فاذا أوقع الايجاب له لم تقبل عليه زيادة

(فصل) وقوله ولا تلقوا الركبان يحتمل أن يريد صلى الله عليه وسلم تلقى من يجلب السلع فيبتاع منهم قبل ورود أسواقها ومواضع بيعها وسواء كان التلقى فيما بعد عن موضع البيع أو قرب قال ابن حبيب عن مالك وأصحابه وان كان على مسيرة يوم أو يومين من الحاضرة ووجه ذلك ان هذا فيه مضرة عامة على الناس لان من تلقاها أو اشتراها غلاها على الناس وانفرد ببيعها فمنع من ذلك ليصل بائعوها بها الى البلد فيبيعونها فى أسواقها فيصل كل أحد الى شرائها والنيل من رخصها (مسئلة) وكذلك فيما قرب وقد سئل مالك عن خروج أهل مصر الى الاصطبل مسيرة ميل ونحوه أيام الأضحى يتلقون الغنم يشترونها قال هذا من التلقى وكذلك غير الضحايا متى ترد سوقها رواه ابن المواز عن مالك ووجه ذلك أن هذا تلف يمنع من وصول ما جلب الى سوق بيعه فكان ممنوعا منه كالبعيد (مسئلة) وهذا فيما جرت العادة بتبليغه الأسواق ولا مضرة فى ذلك فأما ما كان يضر بالناس تبليغه الأسواق كالفواكه والثمار التى يلحق أهل الأصول ضرر بتفريق بيعها ويحتاجون الى بيعها جملة ممن يجنيها أو يبقيها فى أصلها ويدخلها الى الأمصار والقرى بقدر ما يتأتى له من بيعها فقد روى ابن القاسم عن مالك فى العتبية فى الأجنة التى تكون حول الفسطاط من نخيل وأعناب يخرج اليها التجار فيشترونها

ويحملونها في السفن الى الفسطاط للبيع لا بأس بذلك وقال في سماع أشهب هو من التلقي وقال أشهب لا بأس به وليس من التلقي وفي كتاب ابن المواز عن مالك في التجار يشترون الغنم من الريف فيسيرون على مثل ميل من الفسطاط في مراعيها ويشتد عليهم ادخالها كلها أو يكون ذلك أرفق بهم فيبيعونها فيدخلها المشتري قليلا قليلا أخاف أن يكون من التلقي وقال في العتبية أراه من التلقي وجه القول الأول ما قدمناه من ان هذا وجه بيع الجلاب لها وتلحقه المضرة في أخذه بادخالها ويؤدي ذلك الى افسادها وتغيرها وطول مقامه عليها (مسئلة) وما أرسى بالساحل من السفن بالتجار فلا بأس أن يشتري منهم الرجل الطعام وغيره فيبيعه بها الا أن يقصد الضرر والفساد فلا يصلح لانه من باب الحكرة ووجه ذلك ان هذا منتهى سفر الوارد فلا يكلف سفرا آخر لان ذلك مضر به كما لو كان السفران في البر وهذا على ثلاثة أضرب أحدها ما قدمناه وهو أن يخرج الى السلع فيتلقاها ويشتريها قبل أن تبلغ أسواقها والثاني أن يرد خبرها قبل أن ترد فيشتريها من بلغه ذلك قبل وصولها والثالث أن تمر بمنزله قبل أن تصل الى أسواقها وقد تقدم الكلام في الضرب الاول وأما الضرب الثاني فقد روى ابن المواز عن مالك فيمن جاءه طعام أو بز أو غيره فوصل اليه خبره وصفته على مسيرة يوم أو يومين فيخبر بذلك فيشتريه منه رجل فلا خير فيه وهذا من التلقي ووجه ذلك ما قدمناه من انه شراء السلع قبل وصولها الاسواق وانما الاعتبار على هذا بوصول السلع ووصول بائعها ولو وصلت السلع السوق ولم يصل بائعها لخرج اليه من يتلقاه ويشتريها منه قبل أن يهبط الى الاسواق ويعرف الاسعار فلم أر فيه نصا وعندي انه من التلقي الممنوع والله أعلم (مسئلة) وأما اذا مرت بمنزله قبل أن تصل أسواقها فلا يخلو أن يكون منزله خارج المصر أو بطرف المصر ما بينه وبين السوق فان كان خارج المصر مثل أن يكون بقربه ففي الموازية عن مالك فيمن مرت به السلع ومنزله بقرب المصر الذي هبط اليه بتلك السلع ومن على ستة أميال من المدينة ومثل العقيق من المدينة فله أن يشتري منها للأكل وللقنية أو ليلبس أو ليضحي أو يهدي ونحوه فأما للتجارة فلا ولا يبتاعها من مرت بباب داره في البلد وان لم يرد التجارة (فرع) وهذا فيما كان له سوق قائم من السلع ومالم يكن له سوق فاذا دخلت بيوت الحاضرة والأزقة جاز شراؤها وان لم تبلغ السوق رواه ابن حبيب عن مالك وأصحابه (مسئلة) واذا بلغت السلعة موقفها ثم انقلب بها بائعها ولم تبع أو باع بعضها فلا بأس أن يشتريها من مرت به أو من دار بائعها من الواضحة ووجه ذلك انه قد خرج عن حد الجالب ببلوغه السوق وعرضها فيها للسلع وانتقل الى حكم المحتكر وذلك مباح يشترى منه حيث شاء

(فصل) اذا ثبت ذلك فان وقع التلقي من انسان فلمالك في ذلك قولان في الموازية روى عنه ابن القاسم أنه ينهى فان عاد أدب ولا ينزع منه شئ وهو اختيار أشهب وروى عنه ابن وهب ينزع منه ما ابتاع فتباع لأهل السوق واختار ابن المواز أن يرد شراؤه وترد على بائعها وبه قال ابن حبيب وجه رواية ابن القاسم أن البيع عقد لازم ولم يتعلق به وجه فساد يمنع صحته فانما يتعلق بالتلقي الحرج لمن فعله وذلك لا يوجب أخذ ما اشتراه وانتزاعه منه ووجه رواية ابن وهب ان لأهل الأسواق حظا فيما اشتروه كالو حضروا مساومته ووجه قول ابن المواز ما احتج به من أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنه وما نهى عنه فهو مردود وهذا قد قال به قوم من أصحابنا ان النهي يقتضي فساد المنهى عنه (فرع) فاذا قلنا برواية ابن وهب فقد روى عنه ان السلعة تعرض لأهل السوق فان ربح فهو بينهم وما كان

من وضيعة فعليه وان قلنا برواية الفسخ فقد قال ابن المواز ترد على بائعها فان فات أمر من يقوم ببيعها لصاحبها وقال ابن حبيب ان فات بائعها فان كان المتلقي لم يتعمد ذلك تركت له وزجر وان كان اعتاد ذلك وتكرر فان كان لها سوق وقوم راتبون لبيعها فلهم أخذها بالثمن أو تركها له وان لم يكن لها أهل راتبون عرضت في السوق بثمنها لعامة الناس فان لم يوجد من يأخذها بذلك تركت له وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم أرى أن يشترك فيها التجار وغيرهم ممن يطلب ذلك ويكون كأحدهم وقاله عبد الله بن عبد الحكم وزاد بالحصص بالثمن الأول وجه قول محمد ان فسخ العقد يقتضي أن يرجع الى ملك البائع فان كان حاضرا أخذها وان كان غائبا قدم له من يبيع عنه ويحتمل أن يريد ان كانت زيادة فله وان نقصانا فعليه لانه قد فعل المحظور في بيعه قبل أن يبلغ السوق وقد روى في العتبية أبو زيد عن ابن القاسم فمن قدم بقمح من الاسكندرية فقال حين خرج ان وجدت بيعا في الطريق والا بلغت الفسطاط قال لا يبيع في الطريق ويبيع بالفسطاط الا أن ينوي قرية بها سوق فلا بأس ببيعه فيها فثبت ان البائع ممنوع من البيع قبل بلوغ الأسواق ومواضع البيوع ووجه قول ابن حبيب ان البيع لا يفسخ لفساده وانما يفسخ لتعلق حق الغير به فان كان صاحبه حاضرا فسخ لامكان ذلك فيه وان فات فسخه بفوات بائعه عرض على من له فيه حق فان لم يرده ترك له (فرع) قال ابن حبيب ويعاقب من تكرر منه تلقي السلع بما يراه الامام من سجن أو ضرب أو اخراج من السوق قال ابن المواز لا يطيب للمتلقي ربح ما تلقى فلا أحب أن يشتري من لحم ما تلقى وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية انه قيل له أيتصدق بالربح فقال ليس بحرام ولو فعل ذلك احتياطا لم أر به بأسا

(فصل) وقوله ولا تناجشوا سيأتي ذكره بعد هذا وقوله ولا يبع حاضر لباد فيه ثلاثة أبواب * الأول منها في تعيين البادي الذي يمنع من البيع له * والثاني في التصريف الذي يمنع له * والباب الثالث في حكم البيع له اذا وقع

(الباب الأول في تعيين البادي الذي يمنع من البيع له)

أما البادي الذي منع من البيع له فان أهل البوادي ضربان ضرب أهل عمود وضرب أهل منازل واستيطان فأما أهل العمود فلا خلاف في انهم مرادون بالحديث قال ابن المواز عن مالك في النهي عن بيع الحاضر للبادي هم الاعراب أهل العمود لا يباع لهم ولا يشترى عليهم والأصل في ذلك الحديث في النهي عن ذلك ومن جهة المعنى أنهم لا يعرفون الاسعار فيوشك اذا تناولوا البيع لأنفسهم استرخص منهم ما يبيعون لان ما يبيعونه أكثره لا رأس مال لهم فيه لانهم لم يشتروه وانما صار اليهم بالاستغلال فكان الرفق بمن يشتريه أولى مع ان أهل الحواضر هم أكثر الاسلام وهي مواضع الأئمة فيلزم الاحتياط لها والرفق بمن يسكنها (مسئلة) وأما أهل القرى فقد قال ابن المواز عن مالك انه لم يرد بالنهي عن ذلك أهل القرى الذين يعرفون الأثمان والأسواق ولا بأس به وأرجو أن يكون خفيفا وروى هذه المسئلة العتبي عن مالك ولكنه قال فأما أهل المدائن يبيع بعضهم لبعض فأرجو أن يكون خفيفا وروى ابن المواز عن مالك وأما أهل القرى الذين يشبهون أهل البادية فلا يباع لهم ولا يشترى عليهم قال وان كانوا أيام الربيع في القرى ومن بعد ذلك في الصحراء على الميلين من القرية وهم عالمون بالسعر فلا يباع لهم وينقسم الأمر على ذلك ثلاثة أقسام البدوي لا يباع له عرف السعر أو لم يعرفه والقروي وان كان يعرف الأسعار فلا بأس أن يباع له وان كان لا يعرفها لم يبع له (فرع) وما قدر القرية التي تبيح البيع له روى في العتبية أصبغ عن ابن القاسم لا نهي

عن البيع لمن كان من أهل ميد أي وما أشبهها لان هذه مدائن وكور ووجه ذلك ماقدمناه من ان هذه كور وحواضر لأهلها من الحرمة مثل مالغيرهم مع معرفتهم بالأسعار والأسواق وليس في المنع من البيع لهم الا الاضرار بهم دون منفعة تجتلب بذلك (مسئلة) وقد روى ابن المواز عن مالك لايبيع مدني لمصري ولا مصري لمدني وفي العتبية فأما أهل المدائن يبيع بعضهم لبعض فأرجو أن يكون خفيفا فوجه القول الأول ان اغترابهم وبعد أوطانهم يقتضي جهلهم بالأسعار فمنع من يعرفها من البيع لهم ليرخص بذلك ماجلبوه ووجه القول الثاني ان حرمتهم متساوية وبأيسر مقام في البلد يعرفون الأسعار ولا يصح أن يخفى ذلك عليهم فلا فائدة لكتمانهم ذلك

(الباب الثاني في التصرف الذي يمنع له)

أما مايمنع منه من التصرف له فقد روى ابن المواز عن مالك في البدوي لايبيع له الحضري ولايشتري عليه وهذا متفق عليه في البيع وكذلك في أهل القرى الذين يشبهون البادية وقال مالك في العتبية اذا قدم البدوي فأكره أن يخبره الحضري بالسعر وذكر ابن حبيب انه لايبعث البدوي الى الحضري بمتاع يبيعه له (مسئلة) وأما الشراء للبدوي ففي الموازية والعتبية عن مالك لابأس بذلك بخلاف البيع وقال ابن حبيب لايبيع له ولايشتري وجه القول الأول ان هذا الاسترخاص مشروع مستحب ولذلك نهى أن يبيع الحاضر للبادي طلبا لرخص مايبيع ولذلك يجب أن يباح له أن يشتري له يسترخص له مايشتريه ووجه ثان وهو ان أكثر مايبيعه البدوي مايصير اليه بالغلة فليس عليه في رخصه كبير مضرة ومايشتريه حكمه فيه حكم الحضري فلذلك خالف بيعه شراؤه ووجه القول الثاني انها معاوضة تخصه فلم يتناولها الحضري للبدوي كالبيع

(الباب الثالث في حكم البيع له اذا وقع)

قد قال ابن القاسم يفسخ البيع حضر البدوي أو بعث سلعته الى الحاضرة ورواه ابن حبيب عن مالك قال ابن حبيب قال وكذلك الشراء وقاله أصبغ في بيع المصري للمدني وبيع المدني للمصري ولم ير ابن عبد الحكم فسخه اذا باع حاضر لباد ورواه سحنون عن ابن القاسم في العتبية وجه القول الاول نهي النبي صلى الله عليه وسلم والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ووجه القول الثاني ان العقد سالم من الفساد وانما نهي عنه لمعنى الاسترخاص ولذلك لايعود بالفسخ لان البدوي قد علم بالبيع الاول ثمن سلعته فلا يرخص بفسخه (مسئلة) ومن تكرر منه هذا قال ابن القاسم في العتبية يؤدب وروى زونان عن ابن وهب يزجر ولايؤدب وان كان عالما بمكروهه وجه القول الاول ان هذه مضرة عامة وقد تكرر منه مخالفة الامام فيها فكان حكمه الأدب ووجه قول ابن وهب ان الزجر في ذلك كاف لانه نوع من التسعير والله أعلم

(فصل) وقوله ولا تصروا الابل والغنم التصرية حبس اللبن في الضرع مأخوذ من حبس الماء يقال صريته وصريته والمصراة هي المحفلة لان اللبن حفل في ضرعها والحافل العظيمة الضرع

(فصل) فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضيها أمسكها وان سخطها ردها يريد ان التصرية تدليس ونقص اللبن عما كان عليه حين البيع نقص فللبائع اذا اطلع على ذلك الامساك أو الرد كسائر العيوب وبهذا قال الشافعي والليث وأبو يوسف وقال أبو حنيفة ومحمد التصرية ليست بتدليس ونقص اللبن ليس بعيب وليس للمبتاع الرد والدليل على مانقوله الحديث وهو يستدل به من وجهين أحدهما انه قال فمن ابتاعها بعد ذلك يريد بعد التصرية فهو بخير النظرين

فالظاهر أنه جعل له الرد بالتصرية وليس ههنا وجه يرد به الا بالعيب لان العقد وقع لازما ووجه آخر وهو انه صلى الله عليه وسلم جعل المبتاع بخير النظرين بعد أن يتبين أمرها بالحلب ان رضيها أمسكها وان سخطها ردّها وهذا نص فى موضع الخلاف ومن جهة المعنى ان معنى التدليس ستر العيب وهذا موجود فى التصرية لان البائع ستر ما فى شاته أو ناقته من قلة اللبن عما ابتاع عليه المبتاع وذلك أن المبتاع اعتقد أن ذلك عادة فيها وعلى ذلك اشتراها فاذا تبين له نقصها عن ذلك كان له الرد على البائع كما لو جعد البائع شعر جاريته فاشتراها المبتاع على ذلك ثم تبين له انه غير ذلك كان له الردّ

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها قال محمد له الرد بعد أن يحلب مرتين فان حلب ثلاثا لزمته وقال ابن القاسم لما سئل أيردّها بعد الثلاثة اذا رأى من ذلك ما يعلم انه قد اختبرها قبل ذلك فاحتلب بعد ذلك منع الرد * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والأظهر عندى انه يكون الخيار بعد الثلاثة وقد روى ابن سيرين عن أبى هريرة فى هذا الحديث فهو بالخيار بعد أن يحلب ثلاثا ورواه ابن وهب من حديث أبى صالح عن أبى هريرة ومن جهة المعنى ان الحلبة الثانية لا يعلم بها حالها لجواز أن يكون نقص اللبن لاختلاف المرعى ولان التحفيل يقلل لبنها فى الحلبة الثانية فانما يعلم حقيقة أمرها بالثالثة فيجب أن يكون له الخيار بعدها لانه بها يتبين أمرها (مسئلة) وان اشترى غنما غير مصراة فحلبها فلم يرض حلابها فان كان البائع لم يعلم حلابها ففى المدونة لابن القاسم ليس له ردها ومعنى ذلك انه قد استوى علمهما فى قدر المبيع جزافا كالبائع لصبرة الطعام فان علم البائع قدر ما يحلب فلم يخبر بذلك المبتاع فان كان فى ابان لبنها فقد قال ابن القاسم له الرد بمنزلة من باع صبرة جزافا قد علم كيلها فلم يخبر بذلك المبتاع وان لم يكن البيع فى ابان لبنها لم يكن للمبتاع ردها وان كان البائع قد عرف قدر لبنها وان كانت شاة لبن وقال أشهب للمبتاع ردّها حلبت أو لم تحلب اذا كانت شاة لبن قال محمد وأرى أن ينظر فى ثمنها فان كانت فى كثرته بحيث يعلم انها لم تبع لشحمها ولحمها ولا للنتاج مثلها ذلك اللبن وانما بيعه للبنها فله الرد اذا كتمه البائع قدر اللبن وجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن البائع لم يقصد بابتياعه اللبن واذا كانت فى ابان لبنها فالظاهر انه اشتراها للبنها فروعى ذلك فيها (مسئلة) وان كانت ابلا أو بقرا فقد قال ابن القاسم فى المدونة ان كانت البقر يطلب منها اللبن مثل ما يطلب من الغنم فهى بمنزلتها (مسئلة) ومن اشترى شاة على أنها تحلب قسطا فقد قال ابن القاسم البيع جائز وتجرب الشاة فان كانت تحلب ما شرطه له والا ردّها واحتج بحديث المصراة فى أنها بالتصرية تردّ فبأن تردّ فى هذا أولى ومعنى ذلك ان التصرية انما تقوم مقام الشرط فاذا ثبت بها الردّ فبأن تردّ بالشرط وهو أبين أولى

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وان شاء ردّها وصاعا من تمر معناه والله أعلم ان اختار امساكها بعد أن تبينت له التصرية أمسكها ولا شئ له وان شاء أن يردّها ردّها وردّ معها صاعا من تمر قال ابن القاسم قلت لمالك أتأخذ بحديث المصراة قال نعم وانما أتبع ما سمعت أولا حق فى هذا الحديث وقد روى أن مالكا قال لما سئل عن ذلك فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم قال ابن المواز ولم يأخذ به أشهب وقال جاء ما يضعفه ان الغلة بالضمان وسألت عنه مالكا فكأنه ضعفه وقال أشهب وهو لو ردها بعيب وقد أكل لبنها فلا شئ عليه فوجه ردّ الصاع ان اللبن الذى فى الضرع حال التحفيل مبيع مع الشاة واذا تلف عند المبتاع أو تغير بالحلب كان عليه أن يردّ عوضا منه

كالثمرة في رؤس النخل والصوف على الغنم وأما ما حدث بعد ذلك فلا يرده المبتاع ولا يرد عوضا عنه وانما الصاع عوض عن لبن التصرية خاصة ووجه قول أشهب ما احتج به من أن له لبن حلب بعد الشراء فلم يرده المبتاع للرد بالعيب كاللبن الحادث بعد ذلك وأما قوله ان الحديث قد ضعفه ما جاء من أن الغلة بالضمان فيحتاج الى تأمل لان حديث المصراة حديث صحيح لا خلاف بين أهل الحديث في صحته ولا يجري مجراه ما روى أن الغلة بالضمان ولو صح حديث الغلة بالضمان لما كان فيه حجة لان حديث الغلة عام وحديث المصراة خاص فيقضى به على حديث الغلة مع أن الغلة انما هي ما حدث عند المبتاع دون ما اشتراه مع المبيع (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم عن مالك فانه يرد معه صاعا لان النبي صلى الله عليه وسلم حكم به لرفع التخاصم في ذلك لكثرة تردده وادعاء البائع من اللبن أكثر مما يظهره اليه المبتاع مع أنه لا يميز أحد اللبنين من الآخر لانه يحدث بعد الشراء الى وقت الحلب في الأغلب ما لا يتميز من لبن التصرية فحكم في عوض ذلك النبي صلى الله عليه وسلم بما يرفع الخصام ويحسم الدعاوى وهو صاع لانه أمر مقدر وهذا كما حكم النبي صلى الله عليه وسلم في الجنين بغرة لما كان لا يتميز غالبا ذكره من أنثاه سواء كان الجنين ذكرا أو أنثى ولو كان حيا لكان في الانثى نصف دية الآخر وقضى في جنين الأمة بعشرة قيمة أمه ولو ولدت الجنينين لتفاوتت قيمتهما (فرع) وسواء كان المبيع شاة أو بقرة أو ناقة فان ابن القاسم قال لا يرد الا صاعا والأصل في ذلك الحديث المذكور وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضيها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر ولم يفرق بين الغنم والابل ونبه بذلك على البقر لان الغنم أطيب لبنا والابل أكثر لبنا والبقر أكثر لبنا من الغنم وأطيب لبنا من الابل (فرع) فاذا كانت الابل والغنم عددا * قال الامام القاضي أبو الوليد رضي الله عنه فقد وجدت لبعض شيوخنا الاندلسيين يرد لجميعها صاعا واحدا ولعله تعلق بظاهر الحديث لا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فله أن يردها وصاعا من تمر ولو قال قائل انه يرد مع كل واحدة صاعا لرأيت له وجها (فرع) ومماذا يكون الصاع قال ابن القاسم عن مالك من غالب قوت البلد وبه قال أبو علي عن أبي هريرة من أصحاب الشافعي وقال زياد بن عبد الرحمن عن مالك وجدته في كتابي من اشترى شاة أو ناقة مصراة فله اذا حلبها أن يردها ومكيلة ما حلب من اللبن تمرا أو قيمته وقال أكثر أصحاب الشافعي لا يكون الا من التمر وقد تعلق أصحابنا في ذلك بما روى ابن سيرين عن أبي هريرة في هذا الحديث وصاعا من طعام ووجه ذلك على الرواية المشهورة في صاع التمر انه خص التمر بالذكر لانه كان أغلب قوت ذلك البلد فيجب أن يكون بغيره من البلاد غالب قوتهم كزكاة الفطر (فرع) فان أراد أحدهما أن يكون اللبن بدل الصاع لم يلزم الآخر فان اتفقا على ذلك فقد قال ابن القاسم في المدونة لا يجوز ذلك واحتج بأني أخاف أن يكون من بيع الطعام قبل استيفائه لان النبي صلى الله عليه وسلم فرض عليه صاعا من تمر فصار ثمنا قد وجب للبائع فلا يفسخه في اللبن قبل القبض ووجه آخر وهو أن الذي يجب رده ما كان موجودا من اللبن حين البيع وذلك لا يتميز من غيره فلا يمكن رده وقال سحنون لا بأس به لانه يكون اقالة وما ذكرناه يمنع منه والله أعلم ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش قال والنجش أن تعطيه بسلعته أكثر من ثمنها وليس في نفسك اشتراؤها فيقتدي بك غيرك ﴾ ش نهيه عن النجش يقتضي فساده

* قال مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش * قال مالك والنجش أن تعطيه بسلعته أكثر من ثمنها وليس في نفسك اشتراؤها فيقتدي بك غيرك

﴿ جامع البيوع ﴾
* حدثني يحيى عن مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم

وتحريمه وقال مالك ان معنى ذلك أن يعطي بسلعته من يريد منفعته أكثر من ثمنها ولا يريد بذلك شراءها ولعله قد وافقك على أن ما زدت غير لازم لك ليقتدي بك غيرك فيزيد بزيادتك أو ليبلغه من الثمن ما لولا زيادتك لم يبلغها لحاجته اليها وحرصه عليها وقال أهل اللغة ان أصل النجش الاستثارة لشيء ولذلك يقال للصائد ناجش لما كان يثير الصيد فكان الزائد في السلعة يثير غيره من المشتري للزيادة فيها ويريهم الحرص عليها (مسئلة) فان وقع البيع على وجه النجش ففي المدنية من رواية عيسى عن ابن القاسم ان علم بذلك المبتاع فله أن يرده ما لم تفت فان فاتت فله أن يأخذها بقيمتها ما لم تكن أكثر مما ابتاعها به فلا تزاد على ذلك وقال ابن حبيب من درس من يزيد في سلعته ليقتدي به أن بيعه يفسخ الا أن يرضى بها المبتاع بالثمن فان فاتت فعليه القيمة ان ثبت أن هذا دسه البائع أو أحد سببه من ولده أو عبده أو شريكه أو من هو من ناحيته وان لم يكن بسببه ولا أمره فلا بأس به يريد انه لا بأس به للبائع لان ذلك لم يكن عن اختياره ولعله أراد لا بأس به اذا كان الزائد في السلعة زاد على وجه الشراء والرغبة فيها لا على وجه النجش لان النجش اذا وجد فقد وجد البيع على وجه الخلابة والغش للمبتاع فلا يسوغ للبائع وان كان غيره قد صنع له ذلك بغير أمره (مسئلة) وأما الذي يقول أعطيت بسلعتي كذا فان كان صادقا فلا بأس به اذا كان العطاء حديثا وأما ان كان العطاء قديما فكتم قدمه والمبتاع يظنه حديثا فلا وكذلك النجش قاله مالك في العتبية والموازية ووجه ذلك انه اذا أعطيه بقرب المساومة فهو صادق ولا خلابة في قوله وان كان قديم العطاء وتغيرت الأسواق فهو نوع من النجش وذلك غير جائز والنجش من جهته أن يكذب في ذلك ويقول أعطيت فيها ما لم يعط (مسئلة) ولو قال المبتاع للبائع ما أعطيت بسلعتك زدتك دينارا فقال أعطاني بها فلان مائة فزاده واحدا ثم قال فلان ما أعطيته الا تسعين قال مالك في الموازية يلزمه البيع ولو شاء لثبت الا أن تكون بينة حاضرة على اعطاء فلان دون ذلك فيرد البيع ان شاء ولا شيء على البائع وكذلك لو قال أعطيت بها مائة فصدقه وزاده لزمه البيع * قال مالك في العتبية ولا يمين عليهما ووجه ذلك انه صدقه فلا يلزمه انكار المساوم قبله لأن البائع يقول كره بيعي فجحد ما أعطاني فلا ينقض بيعه بذلك (مسئلة) وهذا في زيادة الثمن فأما في نقصه فمثل أن يقول المبتاع لرجل حاضر كف عني لا تزد علي في هذه السلعة ففي كتاب محمد لا بأس بذلك فأما الامر العام فلا يريد عندي والله أعلم أن يقول ذلك لكل من يريد شراءها أو معظمهم وأما الواحد الذي يخاف منه الزيادة في ثمنها على قيمتها أو تبقى منافستها فلا بأس بذلك وكره أن يقول كف عني ولك نصفها ورآه من الدلسة وكره القوم يجتمعون للبيع فيقولون لا تزيدوا على كذا ووجه ذلك انهم تواطؤا على أذى البائع وحط بعض ثمن سلعته وذلك ممنوع (مسئلة) ولو ان سلعة بين ثلاثة فقال أحدهم لآخر اذا تقاومناها فاخرج منها بربح ليقتدي بك صاحبنا والعبد بيني وبينك ففعل وثبت ذلك ببينة أو اقرار ففي الواضحة والعتبية عن مالك البيع مردود ولا يجوز قال ابن حبيب ولا يأخذ بهذا أصبغ ولم يره من النجش وبه أقول لأن صاحبه لم يرد أن يقتدي بزيادته انما أمسك عن الزيادة لرخصه على نفسه وصاحبه فلا بأس بذلك وجه القول الاول ان هذا معنى فعله ليقتدي به في ثمن المبيع كالنجش

﴿ جامع البيوع ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم

أنه يخدع في البيوع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة قال فكان الرجل اذا بايع يقول لا خلابة ﴾ ش قوله ان رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه يخدع في البيوع يقال انه منقذ بن عمرو الانصاري المازني جد واسع بن حبان وكان سبب ذلك انه أصابته في رأسه في الجاهلية مأمومة فغيرت لسانه وغيرت بعض ميزه وقد قيل ان حبان بن منقذ هو الذي كان يخدع في البيوع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بع وقل لا خلابة وأنت بالخيار وقد قال بعض الناس ان هذا الحديث خاص بهذا الرجل لما كان فيه من الحرص على البيع وضعفه عن التحرز فيه وقد روى القاضي أبو محمد في اشرافه اذا تبايع الناس بما لا يتغابن الناس بمثله في العادة وكان أحدهما ممن لا يخبر بسعر ذلك المبيع فاختلف أصحابنا فمنهم من يقول لا خيار له وبه قال أبو حنيفة والشافعي ومنهم من يقول له الخيار اذا زاد على الثلث أو خرج عن العادة والمتعارف فيه قال والدليل على هذا القول نهيه صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال ومن باع ما يساوي عشرة دنانير بدرهم فقد أضاع ماله كما ان من اشترى ما يساوي درهما بعشرة دنانير فقد أضاع ماله قال ونهيه صلى الله عليه وسلم عن تلقي السلع ومن جهة المعنى ان هذا نوع من الغبن في الأثمان فكان مؤثرا في الخيار كالعيب فعلى هذا يكون حكم الحديث عاما في كل أحد على مثل حاله وانما كان معنى قول حبان بن منقذ لا خلابة على وجه الاعلام منه بانه لا يخبر الأثمان وعلى وجه الاعلام للناس بهذا الحكم وانه لا تنفذ خلابة الخالب على مغبون مستسلم وقال ابن حبيب في واضحته لو ان أحد المتبايعين من جهلة البيع باع أو اشترى ما يساوي مائة درهم بدرهم لزمهما ووجه ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى أن يبيع حاضر لباد قال القاضي رضي الله عنه ويحتمل عندي ابتياعه على المرابحة فيكون قول لا خلابة لمن يزيد عليه في الشراء وهذا حكم عام ان من اشترى مرابحة فزيد عليه في الثمن انه بالخيار ويحتمل أن يكون ابتياعه بالخيار وانه كان يشترطه ويقول مع ذلك لا خلابة بمعنى اشتراط الخيار بقصر زمن استخداعه وقد روى ابن اسحق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له بع وقل لا خلابة وأنت بالخيار ثلاثة ولا يحتج برواية ابن اسحق ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم حكم له بهذا وحجر عليه أن يبيع بغير الخيار وأعلم الناس بذلك وأمره أن يذكر حكمه بقوله لا خلابة ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم يأمره أن يقول لا خلابة على وجه الاعذار الى من يبايعه ليتوقى خديعته أهل الصلاح والدين لا ليكون له الخيار ان خدع ولكن لئلا يقدم على خديعته من يأثم به وكان قليلا في ذلك الزمن ويحتمل أن يريد به لا خلابة في صفة النقد وفي وفاء الوزن والكيل واستيفائهما فمن غبنه في شيء من ذلك كان له الرجوع عليه وهذه حالة جميع الناس

(فصل) وقوله قل لا خلابة الخلابة الخداع وليس من الخداع أن يبيع البائع بالغلاء أو يشتري المشتري برخص وانما الخلابة أن يكتمه عيبا فيها ويقول انها تساوي أكثر من قيمتها وانه قد أعطى فيها أكثر مما أعطى بها وقد روى حكيم بن حزام عن النبي صلى الله عليه وسلم قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فان صدقا وبينا بورك لهما وان كذبا وكتما محقت بركة بيعهما ولذلك نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش لأنه من باب الخديعة في البيع واظهار الناجش للمبتاع ان قيمتها أكثر من قيمتها وانه يريد أن يبتاعها ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع سعيد بن المسيب يقول اذا جئت أرضا يوفون المكيال والميزان فأطل المقام بها واذا جئت أرضا ينقصون المكيال والميزان فأقلل المقام

انه يخدع في البيوع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة قال فكان الرجل اذا بايع يقول لا خلابة * وحدثني مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع سعيد بن المسيب يقول اذا جئت أرضا يوفون المكيال والميزان فأطل المقام بها واذا جئت أرضا ينقصون المكيال والميزان فأقلل المقام

بها ﴾ ش قوله اذا جئت أرضا يوفون المكيال والميزان فأطل المقام بها يحتمل وجهين أحدهما أن يبارك لهم فيما يكيلونه ويزنونه فمن أطال المقام بها ناله من بركة عملهم وبورك له اذا عمل بعملهم كما يبارك لهم والوجه الآخر أن يكون الخير والعدل شائعا عندهم لان الكيل والميزان اذا كان جاريا على ما أمر الله به من توفية الحق وظهوره حتى يعم جميعهم فان الغالب أن سائر أحوالهم جارية على حسب ذلك

(فصل) وقوله اذا جئت أرضا ينقصون المكيال والميزان فاقلل المقام بها يحتمل أيضا وجهين أحدهما ان هذه عقوبة قد عاقب الله تعالى من أجلها أمما وأهلكهم بسببها فحذر المقام ببلد يكون هذا فيهم ويشيع في أسواقهم وحذر أن يصيبهم بعذاب من عنده فيناله معهم ما يذهب من بركة ماله وتصرفه بالبيع والشراء والوجه الثانى ان النقص في ذلك يذهب بركة البيع فلاحظ لهم في المقام فيه وقد قال تعالى ويل للمطففين الذين اذا اكتالوا على الناس يستوفون واذا كالوهم أووزنوهم يخسرون وقال تعالى ما قال رسوله شعيب لقومه فقال ياقوم أوفوا المكيال والميزان بالقسط ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تعثوا في الارض مفسدين وعلى كل وجه فان ظهور المنكر وعمومه مما يحذر تعجيل عقوبته وقد قالت أم سلمة يارسول الله أنهلك وفينا الصالحون قال نعم اذا كثر الخبث فهذا مع الصالحين فكيف مع قلتهم أومع عدمهم نسأل الله أن يتجاوز عنا بفضله ويتغمدنا برحمته ص ﴿ قال مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع محمد بن المنكدر يقول أحب الله عبدا سمحا ان باع سمحا ان ابتاع سمحا ان قضى سمحا ان اقتضى ﴾ ش قوله أحب الله عبدا سمحا ان باع سمحا ان ابتاع يريد والله أعلم بالسماحة من جهة البائع المساحة في الثمن وذلك بان يأخذ القيمة ولا يشطط بطلب أكثر منها ويتجاوز في النقد وان ينظر بالثمن وقد روى ربعى بن خراش عن حذيفة قال قال النبى صلى الله عليه وسلم تلقت الملائكة روح رجل ممن كان قبلكم قالوا عملت من الخير شيأ قال كنت أنظر الموسر وأتجاوز عن المعسر قال فتجاوز الله عنه وفي الواضحة تستحب المساحة في البيع والشراء وليس هو ترك المكايسة فيه انما هى ترك المواربة والمضاجرة والكزازة والرضا بالاحسان ويسير الربح وحسن الطلب بالثمن قال ويكره المدح والذم في التبايع ولا يفسخ به ويؤثم فاعله لشبهه بالخديعة ومن المكروه الخديعة فيه الالغاز باليمين وقد نهى عن ذلك عمر والحلف فيه مكروه وان لم يلغز وروى ان البركة ترفع منه باليمين والمساحة من المبتاع في أن يقضى أفضل مما يجد ولذلك قال صلى الله عليه وسلم فان أفضلكم أحسنكم قضاء ويعجل القضاء ولا يبلغ المطل فهو قوله سمحا ان قضى ولا يعنف في سرعة الاقتضاء والله أعلم وهذا الذى أورده مالك من قول ابن المنكدر قد أورده الحافظ رواه محمد بن مطرف عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال رحم الله رجلا سمحا اذا باع واذا اشترى واذا اقتضى أخرجه البخارى من حديث على بن عباس ص ﴿ قال مالك في الرجل يشترى الابل والغنم أو البز أو الرقيق أو شيأ من العروض جزافا فانه لا يكون الجزاف في شئ مما يعد عددا ﴾ ش وهذا على ما قال انه قال لا يباع شئ مما ذكرنا جزافا ولا نعلم في ذلك خلافا بين العلماء غير ان قوله ولا يكون الجزاف في شئ مما يعد عددا يحتاج الى تفسير وذلك ان ما يعد عددا ينقسم على قسمين قسم تختلف صفاته كالخيل والابل والغنم والرقيق وسائر الحيوان والثياب والعروض فان هذا لا يكاد جملة منها تتفق آحادها فهذا لا يجوز بيعه جزافا وأما القسم الثانى فلا تختلف صفاته على الوجه الذى ذكرناه كالجوز والبيض فهذا اذا وجدت منه جملة فأكثرها تتفق

بها * وحدثنى مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع محمد ابن المنكدر يقول أحب الله عبدا سمحا ان باع سمحا ان ابتاع سمحا ان قضى سمحا ان اقتضى * وقال مالك في الرجل يشترى الابل أو الغنم أو البز أو الرقيق أو شيأ من العروض جزافا انه لا يكون الجزاف في شئ مما يعد عددا

صفات آحادها في المقصود منها فهذا يجوز بيعه على الجزاف مع كونه معدوما وقد قال القاضي أبو محمد يجوز الجزاف في كل مكيل كالحنطة أو موزون كاللحم أو معدود كالجوز والبيض مما الغرض في مبلغه دون أعيانه ولا آحاده وأما ما ليس بمكيل ولا موزون مما الغرض في أعيانه كالخيل والرقيق والثياب فلا يجوز فيه الجزاف لان آحادها تحتاج ان تنفرد بالنظر اليها والمعرفة بصفتها وقيمتها في نفسها فوجه قول مالك لا يكون الجزاف فيما يعد عددا يريد بذلك ما الغالب من أمره أن يسهل عدده لقلته ولا يقدر بكيل ولا وزن ولكنه لسبب علة منع الجزاف فيه الا ما تقدم من اختلاف صفاته وتفاوت قيمته في الأغلب ومعنى قول القاضي أبي محمد ان الجزاف يجوز في المعدود كما يجوز في المكيل والموزون يريد المعدود الذي يتعذر مبلغه بالعدد كما يتعذر المكيل بالكيل والموزون بالوزن ولا يقدر له غير ذلك وأما الخيل وسائر الحيوان والعروض فليس لها قدر تتقدر به وانما اشترى كل واحد منها لنفسه وان بيعت الخيل وشقق الكتان اذا كثرت بالعدد فليس كذلك لان العدد مقدار لها وانما ذلك يشق تقدير ثمن كل واحد منهما فيجعل لها ثمن واحد ويكون زيادة ثمن بعضها بنقصان ثمن غيرها وذلك لا يكون الا بعد وزنه جميعا والفرق بين هذا المعدود وبين ما تقدم ان ما تقدم لا يتفاوت قيم آحاده فانما يكون الغرر في مبلغه والحيوان والعرض يتفاوت قيم آحاده فيكثر الغرر في الجملة من وجهين أحدهما من جهة مبلغها ومنتهى عددها والثانية من وجه اختلاف صفتها فانه لا يعلم كم في تلك الجملة من الجيد ولا من الدنيء فمنع الجزاف فيه لكثرة الغرر وأبيح في القسم الاول لقلته والله أعلم وقد تقدم بسط الكلام في بيع الجزاف في الطعام بالطعام بما يغني عن اعادته والله الموفق بالصواب ص ﴿ قال مالك في الرجل يعطى الرجل السلعة فيبيعها وقد قومها صاحبها قيمة فقال ان بعتها بهذا الثمن الذي أمرتك به فلك دينار أو شيء يسميه له يتراضيان عليه وان لم تبعها فليس لك شيء انه لا بأس بذلك اذا سمى ثمنا يبيعها به وسمى أجرا معلوما اذا باع أخذه وان لم يبع فلا شيء له قال مالك ومثل ذلك أن يقول الرجل للرجل ان قدرت على غلامي الآبق أو جئت بجملي الشارد فلك كذا وكذا فهذا من باب الجعل وليس من باب الاجارة ولو كان من باب الاجارة لم يصلح ﴾ ش وهذا على ما قال ان من أعطى لرجل سلعته وقال له ان بعتها بثمن كذا فلك دينار فانه جائز بينهما وهذا من باب الجعل والأصل في جوازه قوله تعالى قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ومن شرط الجعل أن يكون غير مؤجل رواه ابن المواز وابن حبيب عن مالك ووجه ذلك انه غير لازم للعامل فلو ضرب له أجل اقتضى ذلك اللزوم وانما يتقدر عمل الجعل بتمام العمل الذي يستحق العامل الجعل بتمامه كقوله ان بعت لي هذا الثوب بكذا فلك دينار أو ان بعته فلك دينار ولا يسمى ثمنا وان جئتني بعبدي الآبق أو ببعيري الشارد فلك دينار (مسئلة) ولا يجوز الجعل في عمل ان ترك العمل بقي للجاعل فيه ما ينتفع به قال ابن حبيب فلا يجوز أن يقول ان عملت لي شهرا فلك كذا والا فلا شيء لك وما يعمل فيه المجعول له على ضربين أحدهما أن يعمل في غير ملك الجاعل والثاني أن يعمل في ملكه فان كان يعمل في غير ملكه مثل أن يجعل له جعلا في رد عبده الآبق أو جمله الشارد أو يحفر له بئرا في غير أرضه فقد قال ابن حبيب يجوز الجعل في مثل هذا على ما قل وكثر لان العامل اذا ترك العمل لا يبقى بيد الجاعل من ذلك شيء وأما الضرب الثاني وهو أن يعمل في ملك الجاعل وذلك مثل أن يجعل له جعلا على أن يحفر له بئرا في أرضه فلا يجوز على وجه العمل لان الجعل مبني على انه لا يلزم العامل اتمام العمل لما فيه من الغرر فاذا حفر في ملك الجاعل ثم تركه قبل أن يكمله انتفع الجاعل بما عمله دون عوض فلم يجز ذلك وقد اختلف قول مالك في الجعل يجعل للخصم على

قال مالك في الرجل يعطى الرجل السلعة يبيعها له وقد قومها صاحبها قيمة فقال ان بعتها بهذا الثمن الذي أمرتك به فلك دينار أو شيء يسميه له يتراضيان عليه وان لم تبعها فليس لك شيء انه لا بأس بذلك اذا سمى ثمنا يبيعها به وسمى أجرا معلوما اذا باع أخذه وان لم يبع فلا شيء له * قال مالك ومثل ذلك أن يقول الرجل للرجل ان قدرت على غلامي الآبق أو جئت بجملي الشارد فلك كذا وكذا فهذا من باب الجعل وليس من باب الاجارة ولو كان من باب الاجارة لم يصلح

ادراك مايخاصم عنه فيه وللطبيب على ابراء العليل وقال فى المدونة لايجوز وقال سحنون وقد روى انه عنده جائز مثل أن يجعل له جعلا على بيع ثياب أو رقيق فقد قال مالك فى المدونة لايجوز ذلك الا فيما قل دون ما كثر وجوز مالك الجعل فى شراء كثير الثياب فى المدونة ووجه ذلك انه كلما اشترى شيأ كان له من الجعل بحسابه ولو كان مثل هذا فى البيع جاز وقد روى ابن المواز عن أشهب عن مالك انه ان اعطاه ثيابا وقال كلما بعت لى ثلاثة أثواب فلك كذا انه جائز وقد روى أيضا عن مالك فى الذى يجعل له فى الرقيق يصيح عليهم وله فى كل رأس يبيع درهم ولا شئ له ان لم يبع لايصلح قال محمد لانهم قصدوا بيع الجملة ولو قال على أن تبيع منهم من شئت جاز وكذلك الثياب ومثله فى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك فهذا وجه المسئلة عندى وانما منع من ذلك فيمن لا يكون له شئ من الجعل حتى يبيع جميعها ولو شرط مثل هذا أن يشترى له مائة ثوب وله دينار ولا شئ له ان لم يشتر جميعها لم يجز ذلك وانما يفترقان فى اطلاق العقد فالبيع يقتضى أن لا شئ له الا بشرط والشراء يقتضى ان له بحساب ما يشترى وذلك عرف جار بينهم مع أن جميع المبيع معين ولا يصح ذلك فيما يشترى فى الأغلب (مسئلة) ومن شرط الجعل أن لا ينقد الجعل وروى ابن المواز وابن حبيب عن مالك لايصح الأجل فى الجعل ولا النقد قال ابن حبيب الا أن تتطوع به ووجه ذلك انه قد لا يتم ما جعل له عليه فيرد ما قبض وقد يتم فيصير له فتارة يكون جعلا وتارة يكون سلفا وذلك يمنع صحته (مسئلة) ومن شرطه أن لا يكون لازما للعامل وله أن يترك متى شاء قبل العمل وبعده قاله مالك وأصحابه ووجه ذلك أنه يكثر الغرر فى العمل ويتفاوت فلو لزمه رد الآبق على كل حال ورد البعير الشارد لتعذر عليه العمل وعظمت فيه المشقة مما لم يظهر له قبل أن يشرع فى العمل فكان له أن يترك متى شاء ولا يلزم الجاعل بنفس العقد ويلزمه اذا شرع العامل فى العمل قال سحنون فى العتبية اذا شرع العامل فى العمل لم يكن للجاعل اخراجه وللمجعول له أن يخرج متى شاء ولو جعل له جعلا فى رد آبق ثم أعتقه فان أعتقه بعد ان عمل وشخص فيه فله جميع الجعل وان لم يعمل شيأ ولا شخص فلا شئ له قاله أصبغ وهذا على ما قدمناه وفى الموازية قال عبد الملك من جعل فى آبق جعلا ثم أعتقه فلا شئ فيه لمن وجده بعد ذلك وان لم يعلم بالعتق ولو أعتقه بعد ان وجده فله جعله فان كان الجاعل عديما فذلك فى رقبة العبد لانه بالقبض وجب له الجعل قال أحمد بن ميسر ان كان العتق بعد القدوم فكما قال وان أعتقه بعد علمه انه وجده لزمه جعله وان لم يجد عبده لم يصح عتق العبد حتى يأخذ جعله مبدأ على الغرماء كالرهن (مسئلة) ومن شرطه أن يكون الجعل غير معين أو يكون معينا لا يسرع اليه التغير فمن قال من جاءنى بعبدى الآبق فله هذه الدنانير أو هذا الثوب فجائز ولا خير فى أن يقول له هذا العبد أو هذه الدابة لان ذلك يتغير وتسرع الحوادث اليه قاله مالك فى الموازية (مسئلة) ومن شرطه أن لا يكون له شئ ان لم يأت بما جعل له عليه الجعل قال مالك فى الموازية والجعل الجائز أن يقول ان لم يبع أو لم يجد فلا شئ له ووجهه انه اذا التزم له الجعل عمل أو لم يعمل ففيه غرر كثير مستغنى عنه فعاد ذلك بفساد العقد (فرع) واذا عقد وقع عقد الجعل على وجه الفساد ففى المدونة عن مالك فيمن قال ان جئتنى بعبدى الآبق فلك نصفه فان جاء فله أجرة مثله وان لم يأت به فلا جعل له ولا اجارة والذى روى ابن حبيب عن مالك فى هذه المسئلة ان جاء به فله جعل مثله وان لم يأت به فلا شئ له وقد قال ابن المواز ان فى الجعل الفاسد اجارة المثل والفرق بين الجعل والاجارة ان الجعل اذا انعقد قبل العمل على عمل مجهول فانما له فى ذلك ما يجعل على مثل المجعول فيه على الوجه الذى علم من حاله أو ظهر منها يوم الجعل ولا ينظر الى ما كان بعد ذلك من مشقة عمل

قال مالك فأما الرجل يعطى السلعة فيقال له بعها ولك كذا وكذا فى كل دينار لشئ يسميه فان ذلك لا يصلح لأنه كلما نقص دينار من ثمن السلعة نقص من حقه الذى سمى له فهذا غرر لا يدرى كم جعل له

أو كثرته أو لمته أو خفته والاجارة انما تكون فى عمل معلوم فاذا عمل كان له من الأجر بحساب ما عمل دون ما كان عقد عليه يوم العقد لكنه لما خرج العقد مخرج الجعل لم يكن له شئ ان لم يأت به لأنه على ذلك دخل وان أتى به كان له أجر مثله على قدر نصيبه وتعبه وطول مسافة طلبه فوجه القول الأول ان العقد اذا تنوع الى صحة وفساد فان فاسده يرد الى صحيحه ولا ينقل الى غيره من العقود كالبيوع ووجه القول الثانى ان الاجارة هى الاصل وانما جوز الجعل فى العمل المجهول والغرر للضرورة ولذلك كان عقدا غير لازم للعامل فاذا وقع فاسدا وفات رد الى الاجارة التى هى الأصل وقد وقع مثل هذا الاختلاف لأصحابنا فى القراض الفاسد يرد الى قراض المثل والى أجر المثل والله أعلم (فرع) وقد قال ابن القاسم فى العتبية والواضحة فى الذى يقول من جاءنى بعبدى الآبق فله هذه الدابة ان وجده فله جعل مثله وان لم يجد فله أجر مثله وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون جاء به أو لم يجئ به فله أجر مثله اذا شخص فيه فيجئ على مثل هذا بين الجعل والاجارة فرق آخر وهو ان جعل مثله انما يكون له جعل مثله على حسب ما يجعل لمثله فى عنائه ونهضته ومعرفته ونفوذه فى مثل رد ذلك الآبق ان جاء به وان لم يأت به لم يكن له شئ وأما أجر المثل فانه يكون له أجر مثله سواء جاء بما استؤجر عليه أو لم يأت به لان ذلك مقتضى الاجارة وقد قال ابن القاسم فى المدونة فيمن استأجر رجلا يبيع له ثوبا بدرهم شهرا ان ذلك جائز اذا كان ان باع قبل تمام الشهر أخذ من الأجر بحساب ما عمل من الشهر وان انقضى الشهر وهو يسوقه ولم يبعه فله جميع الأجر وهو كله قول مالك ووجهه ما تقدم

ص ﴿ قال مالك فأما الرجل يعطى السلعة فيقال له بعها ولك كذا وكذا فى كل دينار لشئ يسميه فان ذلك لا يصلح لانه كلما نقص دينار من ثمن السلعة نقص من حقه الذى سمى له فهذا غرر لا يدرى كم جعل له ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان من قال لرجل بع لى ثوبى ولك من كل دينار جزء منه أو درهم لم يجز لانه لم يسم ثمنا يبيعه به واذا لم يكن الثمن معلوما كان جعل العامل مجهولا ولا يجوز أن يكون الجعل مجهولا لانه لا ضرورة تدعو الى ذلك وانما جاز أن يكون العمل مجهولا للضرورة الداعية الى ذلك وأيضا فان العمل لما كان مجهولا كان العامل بالخيار فى تركه متى شاء فتقل مضرته لأنه اذا رأى ما يكره من مشقة العمل كان له الترك والجعل فى جنبة الجاعل لازم فلا يصح أن يكون مجهولا لأنه لا يقدر على أن يتخلص من مضرة غرره اذا شاء (فرع) فان باع على ذلك فله جعل مثله وان لم يبع فلا شئ له رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ ولو قال ان بعته بعشرة فلك من عدد دينار ربعه أو عشره أو لك منه درهم جاز لأن الجعل حصل معلوما فذلك جائز فيه (فرع) وان باع بأكثر من عشرة ففى العتبية لابن القاسم ليس له الا سدس العشرة ووجه ذلك أنه لما جعل جعله الجزء المسمى من العشرة فما زاد من الثمن فذلك سواء لأنه لم يوجد منه غير البيع مما يستحق فيه الأجرة وكذلك لو قال بع هذا الثوب ولك درهم أو دينار كان كما قدمناه والله أعلم (مسئلة) ولو قال ان بعت هذا الثوب فلك درهم وان لم تبعه فلك درهم قال ابن المواز هى اجارة وهى جائزة ان ضرب لها أجلا ووجه ذلك أن الدرهم لزمه باع أو لم يبع فان لم يضرب للعمل أجلا كان على نهاية الغرر لأنه يعرضه ثم يرده اليه وقد استوجب الدرهم (مسئلة) ولو قال ان بعته فلك درهم وان لم تبعه فلك نصف درهم لم يجز وهاتان اجارتان فى اجارة ولا يجوز أن يقول له بعه فما زاد على عشرة دراهم فلك لان الجعل مجهول قد دخله الغرر قاله مالك (مسئلة) ولو قال ان بعت اليوم هذا الثوب فلك درهم ففى الموازية والواضحة لا يجوز على الاطلاق وفى المدونة لا خير فيه الا أن يشترط انه متى شاء

أن يتركه تركه وقد قال فى مثل هذا أراه جائزا وهو جل قوله الذى يعتمد عليه وجه القول الأول ما احتج به من ان الجعل لا يجوز أن يكون لازما وهذا ان لزمه العمل فعمل يومه أجمع ولم يبعه فلا شئ له ولو باعه فى بعض النهار سقط عنه عمل سائر النهار يشير الى الغرر مع اللزوم ومعنى المسئلة عندى أن العمل فى الجعل والاجارة يتقدر بأمرين أحدهما بالعمل والثانى بالزمن فاذا تقدر بالعمل فى الجعل والاجارة جاز واذا تقدر بالزمن جاز فى الاجارة وأما فى الجعل ففيه نظر لأنه ان كان على معنى اللزوم فقد خالف حكم الجعل لانه مبنى على الجواز ومتى فاته اللزوم وان كان على معنى الجواز وانه متى شاء أن يترك فى المدة ترك فلا يفسد من هذا الوجه لكنه يراعى العمل بعد الزمن فان كان للعامل العمل بعد ذلك الزمن حتى يكمل ويستوفى جعله فذلك جائز وقد بطل التوقيت بالزمن وان لم يكن له أن يعمل بعد ما قدر من الزمن فلا يجوز أيضا لانه يعمل جميع المدة فينتفع الجاعل بعمله ثم يمنع اتمام العمل فذهب عمله بطلا ولذلك قال ابن المواز وابن حبيب فى هذه المسئلة لا يجوز الا أن يترك متى شاء فى اليوم وبعده ووجه القول الثانى ان العمل اذا كان من القلة بحيث يتيقن انه يمكن غالبا كماله فيما تعلق به من الزمن جاز ذلك وليس على وجه التقدير بالزمن وانما هو على وجه تعليقه بزمن ينقضى فيه العمل مثل أن يقول له لك درهم على أن تأتينى فى كل يوم من هذا الشهر بقلة من ماء من هذا النهر جاز لانه لا يتقدر العمل باليوم وانما يتقدر بالاتيان بالقلة من الموضع القريب الذى يمكنه أن يأتى فى ساعة من ساعات النهار منه بأمثال ذلك وانما علق ذلك باليوم لئلا يأتيه فى يوم واحد أو يؤخر اتيانه بها عن تلك المدة وفى المدونة من استأجر ثورا يطحن له كل يوم أردبين فوجده يطحن أردبا واحدا رده فظاهر هذا تجويزه وروى عن ابن عبدوس عن سحنون انما سئل مالك فى القرانين يستأجرون الاجراء ويطرحون عليهم كل يوم طريحة معلومة يستأجر الأجير شهرا يعمل كل يوم طريحة معلومة بما يعلم انه يفرغ كل يوم ولا يحتمل لذلك النظر لان الطريحة أمد واليوم أمد فلا يجتمعان فى عقد وكذلك الذى يستأجر الرجل يحمله الى مصر فلا ينبغى أن يشترط عليه فى ذلك أمدا وقول سحنون هذا معناه ان ما ضرب من الزمن على سبيل التقدير للعمل لا يصلح أن يجتمع مع تقدير العمل بنفسه وما لم يكن على وجه التقدير وانما هو على معنى التراضى لا يكون من العمل الذى هو أمد فلا يمنع صحة ذلك العقد لمعرفتهما بالتمكن من الفراغ منه مع الرفق ويتفق ذلك على كل حال فصار ذلك كالوصف لعمله ومقدار نهضته فيه فانما يجوز ذكر الزمن ووصف مقدار العمل فى الاجارة على هذا الوجه وقد قال مالك فى الذى يقول للرجل ابتع لى هذه السلعة الكثيرة الى أجل كذا ولى كذا على أنى متى شئت تركت انه لا بأس به ان لم ينقد وان نقد فلا خير فيه لان الخيار لا يصلح فيه النقد ولم تقع الاجارة على وجه الجعل وانما وقعت اجارة لازمة شرط فيها الخيار فاقتضى اطلاق مسئلة المدونة فى قوله ان بعت هذا الثوب اليوم فلك درهم ولك أن تترك متى شئت انه ليس من باب الجعل وانما هو من باب الاجارة على شرط الخيار للعامل فان باع فى بعض اليوم فيجب أن يكون له من الأجر بحسابه وان انقضى اليوم وهو يحاول البيع ولم يبع فله الدرهم كاملا وأما على قول ابن حبيب وابن المواز انه يكون له الخيار فى اليوم وبعده فانه على وجه الجعل فان عمل يومه ذلك وما بعده ولم يبعه فلا شئ له وان باعه فى أول ذلك اليوم فله الجعل أجمع والله أعلم ص ﴿ مالك عن ابن شهاب انه سأله عن الرجل يتكارى الدابة ثم يكريها بأكثر مما تكاراها به فقال لا بأس بذلك ﴾ ش قوله فى الذى يكترى الدابة له أن يكريها بأكثر مما اكتراها به قبل القبض وبعده وبهذا قال

* وحدثنى مالك عن ابن شهاب انه سأله عن الرجل يتكارى الدابة ثم يكريها بأكثر مما تكاراها به فقال لا بأس بذلك

مالك والشافعي وطاوس وجماعة من العلماء قال القاضي أبو محمد له أن يكريها بمثل ما أكراها به وأقل وأكثر لانه عاوض على ملكه كبائع الأعيان وقال أبو حنيفة من استأجر دارا أو دابة فليس له أن يؤاجرها حتى يقبضها وليس له بعد قبضها أن يؤاجرها بأكثر مما استأجرها وبه قال ابن سيرين والنخعي والشعبي (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز اجارة كل ما يعرف بعينه مما يصح بدل منافعه كالدور والعبيد والدواب والثياب وغير ذلك من المواعين وأما ما لا يعرف بعينه كالمكيل والموزون فلا تصح اجارته قال القاضي أبو محمد واجارته قرضه والأجرة ساقطة عن مستأجره وهذا قول ابن القاسم وكان شيخنا أبو بكر الأبهري وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الأجرة فيه اذا كان المالك حاضرا معه وجه قول ابن القاسم ان الاجارة معاوضة على منافع الأعيان دون الأعيان واذا كانت الدنانير والدراهم والمكيل والموزون لا يصح الانتفاع به مع بقاء العين لم يصح أن يستأجر ووجه القول الثاني ان الانتفاع بها ممكن مع بقاء عينها بان يضعها المستأجر بين يديه يكثر بها ويجمل وله غرض بأن يرى الناس أن معه مالا كثيرا فيتاجر ويناكح وانما قلنا يكون المالك معه لئلا ينفقها المستأجر ويعطيه بدلها ويزيده الأجرة فيكون قرضا بعوض وهذا الذي ذكره القاضي أبو محمد من قول ابن القاسم والشيخ أبي بكر ليس بخلاف لان ابن القاسم انما منع استئجارها لمنافعها المقصودة منها وليس المقصود من الدنانير والدراهم ما أباح استئجارها به الشيخ أبو بكر وهذا كما يقال لا يجوز استئجار الشجر لمنفعتها المقصودة لانه بيع الثمر على بدو صلاحه ولا بأس أن يستأجرها ليمد عليها الحبال ويبسط الغسال الثياب عليها وما جرى مجرى ذلك مما ليس من منافعها المقصودة والله أعلم (مسئلة) عقد الاجارة لازم من الطرفين ليس لاحد من المتعاقدين فسخه خلافا لأبي حنيفة في قوله ان للمكرى فسخه للعذر مثل أن يكترى جمالا للسفر ثم يبدو له أو يمرض فله الفسخ أو يكترى دارا ثم يريد السفر أو دكانا يتجر فيه فيحترق متاعه والدليل على ما نقوله قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود والأمر يقتضي الوجوب ومن جهة المعنى انه عقد معاوضة محضة فكان لازما بالشرع كالبيع ووجه آخر ان كل معنى لا يملك فيه المكرى فسخ الاجارة فانه لا يملك المكترى فسخه لانه كالغلاء والرخص (مسئلة) يجوز شرط الخيار في الاجارة معينة كانت أو مضمونة خلافا للشافعي لان المنافع أحد نوعي ما يقصد بالمعاوضة المحضة فجاز اشتراط الخيار فيها كالأعيان قاله القاضي أبو محمد (مسئلة) والاجارة على ضربين اجارة متعلقة بعين واجارة متعلقة بالذمة فأما المتعلقة بالعين فمثل أن يكترى منه دابة معينة وأما المتعلقة بالذمة فمثل أن يكترى منه دابة يأتيه بها يعمل عليها عملا متفقا عليه قال القاضي أبو محمد وكل ذلك جائز لانه لما جاز بيع الدابة المعينة جاز له بيع ما يجوز بيعه من منافعها ولما جاز له أن يبيع دابة موصوفة في ذمته جاز أن يبيع منافعها (فرع) اذا ثبت ذلك فلا يجوز أن يكترى الدابة المعينة كراء مضمونا قال مالك في المدونة ووجه ذلك ان التعيين ينافي الضمان فان المعينة يتعلق الضمان بها والكراء بعينها ومعنى ذلك منافعها المختصة بها لا يقوم غيرها في ذلك مقامها والكراء المضمون يتعلق بذمة المكرى فلا يصح اجتماعهما فاذا هلكت الدابة المعينة انفسخت الاجارة بينهما وكان للمكترى على المكرى من ثمن المنافع بقدر ما بقي له منها فلا يجوز له أن يأخذ منافع دابة أخرى لان ذلك فسخ دين في دين (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الكراء على الضربين المذكورين يتقدر عمله بما قدمناه بالعمل وبالزمن فالعمل مثل أن يقول اركب هذه الدابة الى الرملة أو الى مصر أو الى برقة أو الى مكة وأما المقدرة بالثمن فمثل أن يكترى منه دابة ليركبها شهرا ولا بد من تقدير ما يكترى عليه بأحد

الأمرين ليكون للعمل مقدار معلوم والا كان مجهولا وذلك يمنع صحة العقد عليه ولا يجوز أن يجمع التقديران لان ذلك غرر لجواز أن يحصل أحدهما دون الآخر وقد تقدم القول فى ذلك (مسئلة) ويجوز أن يكون العمل حالا ومؤجلا ووجه ذلك أحد نوعى ما عاوض فيه المعاوضة المحضة فجاز أن يكون حالا أو مؤجلا أو حاضرة أو غائبة فان كانت غائبة لم يجز النقد فيها حتى تحضر وفى كتاب محمد عن مالك ان اشترط تأخير النقد الى البلوغ فذلك جائز ووجهه ان النقد لا يجوز فيها حتى تحضر فاذا حضرت جازت حين النقد بالشرع والشرط (مسئلة) وان كانت حاضرة فهل يجوز اشتراط ركوبها بعد شهر أو شهرين قال ابن القاسم فى المدونة لا بأس به ما لم ينقد وقال غيره لا يجوز ذلك وجه قول ابن القاسم ان الغرر اليسير جائز فى العقود لا سيما مع عدم النقل والظاهر من أمرها السلامة والفرق بين الاجارة فى المعين الى شهر وابتياعه الى شهر ان المنافع المعقود عليها غير معينة ولا موجودة ولعدم التعيين تأثير فى منع التأخير ووجه آخر وهو أن البيع يقتضى تعجيل النقد والاجارة تقتضى تأخير النقد حتى تستوفى المنافع فلم يؤثر تأخير قبض المنافع فى العقد تأثيرا يخرج به عن مقتضاه وفى البيع ان عجل دخله تارة بيع وتارة سلف وان أخر فقد أثر فيه ما يخالف مقتضاه (فرع) اذا قلنا لا يجوز النقد فيما بعد ويجوز فيما قرب ففى الموازية عن ابن القاسم لا يعجبنى أن ينقد الكراء الى عشرة أيام ووجه ذلك انه مدة يكثر فيها تغير الحيوان لا سيما مع استخدام صاحبه له واتعابه اياه فيما يريده ويعجبه فيحتاج بتغيره الى رد الكراء فيكون تارة كراء وتارة سلفا (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان اطلاق عقد الكراء فى منافع الدابة المعينة لا يقتضى تعجيل النقد خلافا للشافعى والدليل على ما نقوله ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال أعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه ومعلوم أنه ندب الى تعجيل قضاء حقه فاقتضى ذلك انه وقت استحقاقه وانه لم يكن يستحقه قبل ذلك ودليلنا من جهة المعنى انه أحد نوعى ما يعوض عليه دون ذكر تأجيل فلم يجب تسليم الثمن الا عند استيفاء المثمون كالأعيان (مسئلة) اذا أطلق العقد فان كان للبلد عرف من نقد أو تأخير حملوا عليه والا فكلما عمل جزأ من العمل استحق بقدره من الأجرة قاله القاضى أبو محمد وغيره ووجهه ما تقدم (مسئلة) وهذا اذا كانت الاجارة فى الذمة فان كانت معينة بأن استأجر اجراء بعمل شهر بثوب فان كان كراء الناس عندهم على النقد أجبر على تسليم الثوب وان لم يكن بالنقد لم تصلح الاجارة ولا الكراء بذلك الا أن يشترط النقد ووجه ما احتج به ابن القاسم من أنه مبيع معين لا يقبض الا بعد شهر فذلك لا يجوز باتفاق قال ابن القاسم والعروض والطعام فى هذا سواء وقال ابن حبيب الكراء بهذا كله جائز وان كان سنة الناس من التأخير فهو على التعجيل حتى يشترط التأخير تصريحا وقاله من أرضى من أصحاب مالك وجه قول ابن القاسم ان اطلاق العقد محمول على العرف ووجه قول ابن حبيب لا حكم للعرف الفاسد وانما التأثير والحكم للعرف الصحيح (مسئلة) وأما ان شرط أن يمسكه الثوبين والثلاثة ان كان يمسك الثوب ليلبسه أو الخادم ليخدم أو الدابة ليركبها يوما أو يومين أو يحبس ذلك للاستيثاق للاشهاد أو نحوه فلا بأس بذلك فان كان بغير منفعة فقد قال ابن القاسم لا يعجبنى ذلك ولا أفسخ به البيع ووجه ذلك قصر المدة وقلة الغرر فيها فان كان لغرض فلا كراهية فيه وان كان لغير غرض صحيح فهو مكروه وليس فيه من الغرر ما يفسد به البيع

(فصل) فأما الكراء المضمون فانه يجوز أن يكون معجلا بخلاف السلم على المشهور من المذهب ووجه ذلك ان المنافع هذا حكمها لا يجوز أن يعقد منها الا على موجود مع الاجماع على جوازه فبين

يعتبر بقوله ولذلك قال تعالى انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج فاذا ثبت ذلك فالتعيين فى العين المعقود على منافعها انما هو تعيين لعين المعقود عليه فاذا جاز العقد على منافع دابة معينة مؤجلة فكذلك على منافع دابة غير معينة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان حكم كراء الراحلة المضمونة الى أجل على تعجيل الكراء لئلا يدخله الكالئ بالكالئ وهل يجوز فيه التأخير * قال مالك اذا تكارى كراء مضمونا كالمتكارى الى غير الحج فى غير ابانه فليقدم منه الدينارين ونحوهما ولا يجوز فى غير ذلك من المضمون يتأخر فيه الركوب أن يتأخر شئ من النقد وروى أبو زيد عن ابن القاسم اذا قدم اليه فى الكراء المضمون الدنانير حتى يأتى بالظهر فلا بأس بذلك وكم من مكر يهرب بالكراء أو يترك أصحابه وروى ابن المواز عن مالك انه كان يكره تأخير النقد فيه الا أن ينقد أكثر الكراء أو ثلثيه ثم قال وقد قطع الاكرياء أموال الناس فلا بأس بتأخير النقد ونقده الدينار ونحوه وسواء كان تأخيره بشرط أو بغير شرط ما لم يشترط أجلا بعد تبليغ الحمولة فلا خير فيه فلم يختلف قول مالك فى الكراء للحج واختلف قوله فى الكراء لغير الحج وآخر ما قاله فيه الجواز للضرورة العامة الشاملة (مسئلة) فان كان الكراء المضمون حالا وشرع فى الركوب فلا يحتاج الى نقد لان أحد الطرفين قد تعجل وأخذه فى الركوب وتماديه فيه يقوم مقام استعجاله كما يقوله فى المقاثئ والمبطخة وانه يجوز بيعها بالدين وان كان المعقود عليه لم يخلف أكثره لانه فى حكم الموجود لسابقه وتتابعه (مسئلة) والمركوب لا بد أن يعرف بتعيين أو وصف فالمشاهد يشار اليه بأن يقال اكتريتك هذه الراحلة أو الدابة أو العبد والموصوف لا بد فيه من ذكر الجنس للحمل وما يصلح للركوب والذكر أصعب من الانثى فلا بد أن يبين قاله القاضى أبو محمد (مسئلة) ولا تتعين الدابة ولا السفينة بكونها فى ملك المكترى وقد قال مالك فى العتبية والموازية فى الذى يكترى من رجل على أن يحمله على دابة أو سفينة لم يسمها وله دابة أو سفينة أحضرها ولم يعلم له غيرها الا انه لم يقل يحملنى على هذه فهلكت بعد أن ركب فعليه أن يأتى بدابة أو سفينة غيرها وذلك على الضمان ومتى اشترط انى أكريك هذه بعينها ينفسخ الكراء بهلاكها أو يكرى منه جزأ من هذه السفينة فان ذلك يكون كالتعيين * قال القاضى أبو الوليد أيده الله وهذا عندى انما يتصور على ما قدمناه من ان المضمون موصوف على أحد وجهين اما أن يكونا قد تواصفا ما وقع عليه الكراء فهذا تصريح بالكراء ثم أحضره ما فى ملكه قضاء عن المضمون واما ان لا يكونا تواصفا شيأ فيكون ما أحضر من الراحلة فى عدم التعيين يقوم مقام الوصف لما عقدا عليه فيكون الاحضار قبل العقد وهذا أظهر لقوله يحملنى على دابة أو سفينة ولم يسمها يتعلق العقد بشئ ما من غير تعيين ولا يجوز الزام العقد فيه الا على الوصف على ما تقدم والله أعلم وأحكم

(فصل) ذكر القاضى أبو محمد ان الظاهر من مذهب أصحابنا أن استيفاء المنافع لا يختص بالعين المعقود عليها وان عينت لذلك فانما هو كالوصف لا تنفسخ الاجارة بتلفه بخلاف العين المستأجرة تتلف وذلك مثل أن يستأجره على رعاية غنم بأعيانها وخياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فان العقد لازم لا ينفسخ وعلى المستأجر أن يوفى جميع الاجرة ويأتى ان شاء بغنم مثلها وقد قيل ان العين التى تستوفى فيها الاجارة تتعين بالتعيين فتنفسخ الاجارة بتلف المحل المعين قال ووجه القول الاول ان عقد الاجارة لازم من الطرفين فلو كان يختص الاستيفاء بمحل معين لما لزم من جهة المكترى لأن له بيع متاعه وغنمه بعد الاستئجار عليها ووجه القول الثانى ان هذا أحد المحلين

بالاجارة فتصح بعينه كالعين التي تستوفى فيها من المنافع لأنه اذا استأجر دابة ليركبها فهلكت بطلت الاجارة فلذلك اذا عين من يركبها أو القميص الذى يخيطه أو الغنم التى يرعاها يجب أن تنفسخ الاجارة بتلف ذلك ولأنه يجب ذلك فى الظئر تستأجر لرضاع صبي والطبيب لعلاج مريض أو قلع ضرس اذا مات الصبي و برئ المريض فكذلك سائر ما يستأجر عليه وهذا الذى قاله أبو محمد فيه نظر وظاهر المذهب على خلاف هذا وذلك ان محل استيفاء المنافع ينقسم على ثلاثة أضرب ضرب لا يختلف بالجنس ولا تختلف أعيانه كحمل القمح وحمل الشعير وحمل الشقة فهذا لا فائدة فى تعيينه لأنه لا خلاف بين حمل قمح وحمل قمح آخر من جنسه فى مثل وزنه ولا تستضر الدابة بحمل أحدهما الا مثل استضرارها بالآخر فلا يتعين بالعقد عليه وقد قال ابن المواز ولو أحضر متاعا اكترى عليه لم يكن ذلك تعيينا له ولو اشترط أن لا يعدوه ولا يأتى بغيره ولم يبدله لم يجز ذلك فان حمل فله كراء مثله ووجه ذلك انه ما لم يكن فى عينه غرض صحيح فانه لا يتعين بالعقد كالدنانير والدراهم والجزء من الجملة (فرع) فاذا قلنا ان ما تساوت حاله فى أن استيفاء المنافع لا يتعين بالعقد عليه فانه يتعلق العقد به فى الذمة من ذلك الجنس فمن استأجر على حمل متاع فتلف ذلك المتاع لم تنفسخ الاجارة وكان على المستأجر اداء جميع الاجارة ويأتى بمثل المتاع يحمل له ان شاء (فرع) فان شرط تعيينه وان لا يعدوه الى غيره فقد تقدم من قول ابن المواز انه لا يجوز لأنه من شرط فى مضمون انه متى عينه ثم تلف قبل استيفاء الحق منه بطل الحق ببطلانه وفسد العقد للشرط المدخل للغرر لأن من شرط المضمون لا يبطل العقد فيه بالاستيفاء دون الاحضار للاستيفاء ألا ترى ان من سلم فى عدد من الطعام على انه متى أحضره صبره من جنس ذلك الطعام فتلف قبل الكيل انه يبطل السلم فان هذا الشرط يبطل السلم والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه لا يحتاج الى وصف الراكب خلافا للشافعي لما قدمناه وذلك ان الاجسام فى الاغلب متقاربة فلم يحتج الى تعيينه بالوصف ولا بالرؤية فان جاء برجل فادح عظيم الخلق خارج عن المعتاد لم يلزمه قال القاضى أبو محمد لأن هذا نادر ولا يتعلق العقد الا بالمعتاد دون النادر

(فصل) والضرب الثانى ضرب تختلف أعيانه بتباين أغراضه كالعليل يستأجر الطبيب على علاجه والمرضع تستأجر الظئر على رضاعه والمعلم يستأجر على تعليم الصبي ورياضة الدابة وما جرى مجرى ذلك فان هذا يتعين بالعقد ولا يجوز العقد منه على مضمون فى الذمة لاختلاف الناس وتفاوتهم فى أمراضهم واختلاف الاطفال فى كثرة الرضاع وقلته مع مشقة تناول أحوال بعضهم وكذلك من يعلم القرآن والصنائع يتفاوتون فى التعليم للاختلاف فى الذكاء وقبول التعلم

(فصل) والضرب الثالث تختلف أعيانه اختلافا يسيرا كالغنم والماشية يستأجر عليها من يرعاها ويحفظها فيختلف الجنس من الماشية وسكونها وأنسها وليس بكبير اختلاف فهى مثل هذا الجمهور من أصحابنا على انها لا تتعين بالعقد لتقارب أحوال الجنس منها وأما صفة العقد فقد قال ابن القاسم لا يصلح العقد عليها الا بشرط خلف ما هلك منها وقال غيره يجوز ذلك من غير شرط والحكم يوجب له ذلك وأما الذى يراه من ذلك فكالصفة (مسئلة) ولو استأجر على حصاد زرع فى بقعة معينة ففى الموازية من رواية أشهب عن مالك ان هلك الزرع انفسخت الاجارة قال ابن القاسم الاجارة قائمة ويستعمله فى مثله وجه قول مالك اختلاف حال البقع بالقرب والبعد وتغير المثل لا سيما يقرب ويكون للمستأجر فيه رفق ووجه قول ابن القاسم ان عمل الحصاد لا يختلف فى الزرع فلذلك لا يتعين بالعقد على حصاده كحمل الاحمال والله أعلم وأحكم

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب المساقاة ﴾

﴿ ماجاء فى المساقاة ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم الفتح أقركم فيها ماأقركم الله عز وجل على أن الثمر بيننا وبينكم قال فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلى فكانوا يأخذونه * مالك عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبعث عبد الله بن رواحة الى خيبر فيخرص بينه وبين يهود خيبر قال فجمعوا له حليا من حلى نسائهم فقالوا له هذا لك وخفف عنا وتجاوز فى القسم فقال عبد الله بن رواحة يامعشر اليهود والله انكم لمن أبغض خلق الله الى وماذاك بحاملى على أن أحيف عليكم فاما ماعرضتم من الرشوة فانها سحت وانا لا نأكلها فقالوا بهذا قامت السموات والارض ﴾ ش قوله انه قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر يريد فى ذلك الزمن حيث وجب تفرغ النظر للمسلمين فيها كما يقال قال كذا يوم بدر وفعل كذا يوم أحد وانما جرى ذلك فى الأيام المضافة اليها

(فصل) وقوله على ماأقركم الله عز وجل على ان التمر بيننا وبينكم يقتضى ان النخل صارت لرسول الله صلى الله عليه وسلم وللمسلمين دون أهل خيبر ولذلك كان لهم بالعمل بعض الثمرة واختلف العلماء فى افتتاح خيبر فقال بعضهم افتتحت عنوة لما روى عبد العزيز بن صهيب عن أنس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم غزا خيبر فأصبناها عنوة وقال آخرون افتتحها بعضها عنوة وبعضها صلحا وهو الذى رواه مالك عن ابن شهاب والكتيبة أكثرها عنوة وفيها صلح قال مالك والكتيبة من أرض خيبر أربعون ألف عرق وقال موسى بن عقبة كان مما أفاء الله على المسلمين من خيبر نصفها فكان النصف لله ولرسوله والنصف الآخر للمسلمين فكان النصف الذى لله ولرسوله الكتيبة والوطيح والسلالم ووجرة والنصف الذى للمسلمين بطلة والشق وهذا يقتضى ان معنى الصلح انهم تخلوا عن النخل والارض فعلى هذا تقرر ان جميع الارض والنخل لله ولرسوله وللمسلمين (مسئلة) فاما ان كان على وجه الصلح فذلك كله لله ولرسوله قال القاضى أبو اسحق قال وكان سبيل ذلك سبيل النضير وما كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم بفدك وما كان من خيبر بقتال وقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم بين من حضرها من المسلمين وبين من غاب عنها من أهل الحديبية خاصة لان الله تعالى وعدهم بها يريد قوله تعالى وعدكم الله مغانم كثيرة تأخذونها فعجل لكم هذه (مسئلة) وظاهر قوله أقركم على ماأقركم الله يقتضى ان ذلك كان عند المساقاة ولعله كان بعد وصف العمل والاتفاق منه على معلوم بعبارة أو غيرها وقد ذهب الى جواز المساقاة مالك والشافعى وجمهور الفقهاء ومنع جوازها أبو حنيفة والدليل على مانقوله ماروى ان النبى صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر ليهود على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر مايخرج منها ومن جهة القياس ان التمر نوع مال يزكو بالعمل لايجوز أن يكون لمنفعته المقصودة فجازت المعاملة عليه ببعضها (مسئلة) وهذا اللفظ لايتناول العقد على مدة يلزم العقد فى جميعها وانما يلزم فى مقدار منها فاما المساقاة فانها تلزم فى عام واحد لانه لا يمكن أن تتبعض وكذلك كلما شرع العامل فى عام لزم العقد فى ذلك العام وكذلك المتساقيان

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب المساقاة ﴾

﴿ ماجاء فى المساقاة ﴾

* حدثنا يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد ابن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم الفتح أقركم فيها ماأقركم الله عز وجل على أن الثمر بيننا وبينكم قال فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلى فكانوا يأخذونه * وحدثنى مالك عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبعث عبد الله بن رواحة الى خيبر فيخرص بينه وبين يهود خيبر قال فجمعوا له حليا من حلى نسائهم فقالوا له هذا لك وخفف عنا وتجاوز فى القسم فقال عبد الله بن رواحة يامعشر اليهود والله انكم لمن أبغض خلق الله الى وما ذاك بحاملى على أن أحيف عليكم فأما ماعرضتم من الرشوة فانها سحت وانا لا نأكلها فقالوا بهذا قامت السموات والأرض

بالخيار فيما بعده وقد قال مالك في الرجل يكرى من الرجل داره على شهر بدينار أو كل عام بدينارين ان ذلك جائز ولكل واحد منهما في الاجارة أن يتمادى على العمل وان يتركه ما شاء وكذلك المساقاة لكل واحد منهما ترك ذلك ما لم يشرع العامل في عمل سنته فتلزمه تلك السنة وقال عبد الملك يلزم أجرة جزء واحد مما جعلاه عملا على حساب الاجرة من شهر أو سنة وجه الرواية الاولى ان العقد لم يقع على شيء مقرر يلزم فيه وانما هو مبنى على ان ما اتفقا عليه لزمهما بالاستيفاء من حساب ما قرراه ولهما أن يزيدا ما شاآ مما اتفقا على ذلك ومن أراد منهما الترك فذلك له اذ ليس بينهما عقد يلزم أحدهما وجميع المدة في ذلك على كل واحد فاذا كان الخيار لكل واحد منهما في الشهر الثاني والسنة الثانية فكذلك الاولى ووجه القول الثاني ان عقد الاجارة عقد لازم وأقل ما يقع عليه العقد ما ذكره من المدة المقدرة فيجب أن يلزم فيه ويكون الخيار فيما بعده

(فصل) وقوله على ان الثمرة بيننا وبينكم يقتضي المشاركة وليس في هذا اللفظ تحديد جزء العامل من الثمرة غير ان الظاهر المساواة ولعله قد تبين ذلك لهم فنقله الراوي على هذا اللفظ لما كان ظاهره المساواة وقد روى عن ابن عمر انه قال أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر النصف وأبو بكر وصدرا من خلافة عمر (مسئلة) ويقتضي مع ذلك المساواة في الحوائط كلها وان كان بعضها أفضل من بعض وقد قال ابن القاسم في العتبية لا بأس أن يساقيه حائطين على النصف جميعا أو على الثلث قال مالك في الموازية ويجوز أن يكون أحد الحائطين نخلا وفي الآخر أصناف الشجر ويكون بعضها أفضل من بعض سقيا واحدا وان كان بعضها بعلا وبعضها سقيا فان كان على مساقاة مختلفة فلا خير في ذلك ووجه ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم ساقى خيبر كلها على النصف وفيها الجيد والردىء ومن جهة المعنى ان عقد المساقاة بمعنى حكم القراض فكما لا يجوز أن يدفع اليه مالين على وجه القراض بعقد واحد وعلى أجزاء مختلفة لم يجز ذلك في المساقاة ولما جاز أن يدفع اليه جنسين من العين ورقا وذهبا في عقد واحد على جزء واحد جاز مثله في المساقاة (فرع) فاذا قلنا انه لا يجوز عمل في عقد واحد على أجزاء مختلفة فان عمل على ذلك رد الى مساقاة مثله وكذلك لو عاقده السنتين بأجزاء مختلفة لم يجز فان عمل على ذلك جميع السنتين فله مساقاة مثله فيما مضى وفيما بقي ولا يفسخ ما بقي وقاله في الموازية ووجه ذلك انه انما يلزمه مساقاة جميع السنتين لانه انما أخذ بعضها بسبب بعض فقد ينفق في أول عام ليستغل أعواما فاذا لزمه بعض الأعوام لزمه جميعها (مسئلة) وان كان في عقود مختلفة على أجزاء مختلفة جاز ذلك قاله في الموازية ولا يجوز مثل هذا في القراض لان عقد القراض عقد جائز وعقد المساقاة عقد لازم فاذا عقد معه في حائط على النصف ثم عقد معه في حائط آخر على الثلث لم يتعلق أحد العقدين بالآخر فجاز ذلك

(فصل) وقوله فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث ابن رواحة للخرص ظاهر اللفظ يقتضي تكرر خرصه لهم وقال الشيخ أبو اسحاق في زاهيه خرص عليهم عاما ثم قتل بمؤتة فقدم غيره ويحتمل أن يريد خرص أموال المساقاة لما يجب فيها من الزكاة لان مصرف الزكاة في غير مصرف غلة أرض العنوة ونخلها لان الزكاة لا تصرف الا الى الأصناف التي ذكر الله تعالى في كتابه في قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية وأما غلة أرض العنوة فان الامام يعطيها من يستحقها من الأغنياء والفقراء ولذلك كان يخرصها ليميز حق الزكاة من غيرها وقد قال ابن مزين سألت عيسى عن فعل ابن رواحة اذا كان يخرص تمر خيبر الذى أقره النبي صلى الله عليه وسلم

بأيدى اليهود مساقاة ثم يقول لهم ان شئتم فلكم وان شئتم فلى فكانوا يأخذون أيجوز ذلك للساقيين والشريكين فقال لايعمل بذلك ولايصلح اقتسامه الا كيلا الا أن تختلف حاجتهما اليه فيقتسمانه بالخرص وهذا الذى قاله عيسى حمله عليه انه تأول الخرص للقسمة خاصة واذا كان الخرص للزكاة لزم اخراجها من جميع ثمر الحائط ان كان العامل ذميا أو عبدا لان الزكاة انما تعتبر بحال مالك الأصل فان كان صاحب الأصل مسلما حرا فالزكاة فى جميعه وان كان صاحبه عبدا أو ذميا فلا زكاة فى شئ منه لان العامل انما يملك حصته من الثمرة بالقسمة والزكاة تجب فيها قبل ذلك ببدو الصلاح وقد تقدم ذكره (مسئلة) ويحتمل أن يكون الخرص للقسمة لانه قد علم اختلاف حاجتهما اليه لان اليهود كانوا يريدون أن يأكلوه رطبا والصحابة لا يمكنهم ذلك ولا يحتاجون اليه الا تمرا وقد قال مالك فى الشركاء فى الحائط تختلف حاجتهم الى الثمرة فبعضهم يريد البيع وبعضهم يريد أكله رطبا وبعضهم يريد أكله تمرا ان ذلك يبيح قسمته بينهم بالخرص وان اتفقت حاجتهم فان أراد جميعهم البيع أو أكله رطبا أو تمرا لم يقسم بينهم بالخرص وقد تقدم ذكره فى القسمة

(فصل) وقول ابن رواحة ان شئتم فلكم وان شئتم فلى حمله عيسى على أنه كان يسلم اليهم جميع الثمرة بعد الخارص ليضمنوا حصة المسلمين من الثمرة ولو كان هذا لم يجز لانه بيع الثمرة بالثمرة بالخرص فى غير العرية وانما يجوز مثل هذا فى الزكاة أن يخرص عليهم ثم يكون عليهم من الثمر ما أوجبه الخارص عليهم على سنة الزكاة فى أموال المسلمين لان أصل الحوائط لهم فاذا حملناه على هذا الوجه فمعنى قوله ان شئتم فلكم وان شئتم فلى على سبيل التحقيق لصحة خرصه فيقول لهم ان شئتم أن تأخذوا الثمرة على أن تؤدوا زكاة ما خرصته عليكم والا فأنا أشتريها من الفئ بمثل مايشترى به فيخرج هذا الخرص الذى خرصه وذلك معروف لمعرفتهم بسعر التمر فكانوا يأخذونه لتحققهم صحة قوله وان قلنا ان المراد به خرص الثمرة لاقسمة لاختلاف الحاجة فمعنى قوله ان شئتم فلكم هذا النصف وان شئتم فلى ولكم هذا الآخر على معنى التخيير لهم فى النصفين ليأخذوا أيهما شاؤا لتحققه التساوى فى ذلك فكانوا يأخذون الذى يسرهم ويخصهم به اما لان ذلك أنفع لهم وأقرب لمساكنهم أو أبعد من الدخول فيه عليهم أو لمعنى من المعانى أو لانهم فرحوا به وسألوه اياه بين ذلك ان وقت طيب النخل أو بعد ذلك مادامت فى رؤس النخل ليس بوقت قسمة ثمرة المساقاة لان على العامل أخذها والقيام عليها حتى يجرى الصاع أو الوزن سبب ذلك ان الخرص قبل ذلك لم يكن للقسمة الا بمعنى اختلاف الأغراض والحاجات على ماتقدم

(فصل) والظاهر فى قوله لجماعتهم ان شئتم فلكم وان شئتم فلى ان كان على وجه المساقاة لاختلاف الأغراض والحاجات يقتضى انه ساقى جميعهم جملة واحدة فى جملة الحوائط ولم يخص كل انسان منهم بحائط أو حوائط ولذلك قال مالك قد ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر على مساقاة واحدة على النصف وفيها الجيد والدنئ ولا تعلق له فى هذا الا أن يكون عقد على جميعها عقدا واحدا وان كان فى غالب الحال يختلف ماعوقدوا عليه لاختلاف الحوائط مع جواز المساقاة على أكثر من النصف وأقل ولا اختلاف انه يجوز لصاحب الحائط أن يساقى فيه جماعة

(فصل) وقوله فى حديث ابن يسار كان يبعث ابن رواحة ليخرص بينه وبين يهود أضاف الخرص اليه لتصرفه فيه ويحتمل أن يكون ذلك فيما يخصه لنفقة عياله وانفاذه ليخرص على ماتقدم غير أن لفظة كان تقتضى التكرار وانه تكرر انفاذه اليهم لهذا المعنى لدينه وأمانته ومعرفته بهذا

الشان ولعله كان عالما بثمر تلك الجهة وما ينقص بالجفوف

(فصل) وقوله فجمعوا له حليا وقالوا هذا لك وخفف عنا أرادوا بذلك التخفيف من الحق الذى يجب فى الخرص ولا يجوز فعله لما فيه من الحيف على المسلمين وأما التخفيف اليسير فان كان بمعنى المقاسمة فلا يجوز فيه الا المساواة وان كان بمعنى الزكاة فقد تقدم ذكره فى باب الزكاة

(فصل) وقوله يامعشر يهود انكم لمن أبغض خلق الله الىّ يريد لكفرهم واظهارهم العداوة والمخالفة للنبى صلى الله عليه وسلم وللمسلمين وقد أنبأ الله تعالى بذلك فقال لتجدنّ أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا ثم قال وماذاك بحاملى على الحيف عليكم يؤيسهم بذلك من حيفه على المسلمين مع محبته فيهم وسعيه لهم

(فصل) قوله وأما ما عرضتم من الرشوة فانه سحت يريد حرام وقد وصف الله اليهود بأكلها فقال سماعون للكذب أكالون للسحت وقال تعالى يأيها الذين آمنوا ان كثيرا من الأحبار والرهبان ليأكلون أموال الناس بالباطل ويصدون عن سبيل الله فراموا أن يستنزلوا ابن رواحة لما علموا من ورعه وأمانته وحرصوا أن يدخلوه فيما يتلبسون به من أخذ الرشوة وأكل السحت قال الله عز وجل ودّ كثير من أهل الكتاب لو يردّونكم من بعد ايمانكم كفارا حسدا من عند أنفسهم من بعد ما تبين لهم الحق وقال ودّوا لو تكفرون كما كفروا فتكونون سواء فعصمه الله ورد ذلك عليهم ولم يعاقبهم امتثالا لقول الله تعالى فاعفوا واصفحوا حتى يأتى الله بأمره

(فصل) وقولهم بهذا قامت السموات والأرض يحتمل أن يريدوا به الاقرار بالحق والرجوع الى الاعتراف به اما التعجيل الخزى لهم فى الدنيا أو ليتخلصوا به مما ظنوا انه يحل بهم من العقوبة اذا أروه الرجوع الى قوله والرضا بفعله ص ﴿ قال مالك اذا ساقى الرجل النخل وفيها البياض فما ازدرع الرجل الداخل فى البياض فهو له قال وان اشترط صاحب الأرض أنه يزرع فى البياض لنفسه فذلك لا يصلح لان الرجل الداخل فى المال يسقى لرب الأرض فذلك زيادة ازدادها عليه قال وان اشترط الزرع بينهما فلا بأس بذلك اذا كانت المؤنة كلها على الداخل فى المال البذر والسقى والعلاج كله فان اشترط الداخل فى المال على رب المال أن البذر عليك كان ذلك غير جائز لانه قد اشترط على رب المال زيادة ازدادها عليه وانما تكون المساقاة على أن الداخل فى المال المؤنة كلها والنفقة ولا يكون على رب المال منها شئ فهذا وجه المساقاة المعروف ﴾ ش وهذا على ما قال وذلك انه لا يخلو أن يسكت عن البياض فى عقد المساقاة أو يشترط أحد المتعاقدين فان سكت عنه فقد قال ابن الجلاب فى تفريعه هو لصاحبه يفعل فيه ما شاء من زراعة واجارة أو ترك وقال محمد وابن حبيب ان تشاحا عند الزراعة فذلك للعامل وجه القول الأول وهو مقتضى رواية ابن نافع عن مالك الحديث المتقدم أقركم ما أقركم الله على أن الثمرة بيننا وبينكم فوجه الدليل من هذا انه شرط لنفسه وللمسلمين نصف الثمرة وذلك وقت الاشتراط واستيفاء الجفوف وتبيينها فظاهر ذلك ان جميع ما يكون له وجه آخر وهو ان الأرض بين العاملين وانما يكون للنبى صلى الله عليه وسلم وللمسلمين ما تناوله اشتراطه وهو نصف الثمرة دون سائر ما بأيديهم ولذلك انفردوا بما سكنها ومسارحها وغير ذلك وما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه أعطى خيبر ليهود على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها على ما يعمل فيها من الأشجار يحتمل أن يكون فى عقدين أو على مكانين أو زمانين ويحتمل أن يعود الضمير فيما يخرج منها على ما يعمل فيها من الأشجار فيكون بمعنى ما قد ساقه فى الحديث الأول

قال مالك اذا ساقى الرجل النخل وفيها البياض فما ازدرع الرجل الداخل فى البياض فهو له قال وان اشترط صاحب الأرض انه يزرع فى البياض لنفسه فذلك لا يصلح لأن الرجل الداخل فى المال يسقى لرب الارض فذلك زيادة ازدادها عليه قال وان اشترط الزرع بينهما فلا بأس بذلك اذا كانت المؤنة كلها على الداخل فى المال البذر والسقى والعلاج كله فان اشترط الداخل فى المال على رب المال ان البذر عليك كان ذلك غير جائز لأنه قد اشترط على رب المال زيادة ازدادها عليه وانما تكون المساقاة على أن الداخل فى المال المؤنة كلها والنفقة ولا يكون على رب المال منها شئ فهذا وجه المساقاة المعروف

(مسئلة) وان كان سكت عن ذلك حتى زرعها العامل لنفسه فقد قال محمد وابن حبيب مازرع العامل فهوله وفى كتاب ابن سحنون عن ابن نافع عن مالك عليه كراء الأرض لصاحب الحائط وجه القول الاول ماقدمناه من ان لفظ المساقاة انما يختص بالثمار وما كان من الارض على وجه التبع فهو للعامل كالمراح والمسكن وغير ذلك ووجه القول الثانى انه مقصود بالحرث والعمل فوجب أن لا يختص بالعامل كالثمرة (مسئلة) وأما الشرط فان فضل ذلك ملغى للعامل قاله مالك فى المدونة والموازية وغيرها ووجه ذلك ماقدمناه من ان اسم المساقاة يختص بالثمر وماله أصل ثابت وفرع ظاهر حين المساقاة وأما الارض البيضاء فعلى وجه ارتفاق العامل مابين الاصول من البياض (مسئلة) فان شرطا أن يكون بينهما على أن يكون البذر والعمل من عند العامل فقد قال مالك فى المدونة وغيرها ذلك جائز قال ابن القاسم وذلك أن السنة جاءت فى خيبر ان النبى صلى الله عليه وسلم عاملهم فى البياض والسواد على النصف (مسئلة) وان شرطا أن يكون بينهما والبذر من عندهما ففى المدونة لا يجوز ذلك وكذلك ان كان البذر كله من عند صاحب الارض ففى الموازية لا يجوز ووجه ذلك أن العمل والمنفعة كلها على العامل لا يجوز أن يكون شئ من ذلك على صاحب الارض والبذر والعمل من ذلك فلا يجوز أن يكون شئ منه عليه كما لا يجوز أن يكون له جميع الزرع لما فى ذلك من اشتراطه على العامل زيادة ينفرد بها ولو كان البياض تبعا فاشترط العامل ثلاثة أرباعه فقد أبى ذلك ابن القاسم وكرهه أصبغ مرة ثم أجازه وجه القول الاول انه لما اشترط بعضه كان ذلك زيادة فى المساقاة ازدادها العامل ولم يكن على وجه الالغاء لأن الالغاء انما يكون فى جميعه ووجه القول الثانى انه اشترط أرضا هى تبع المساقاة فجاز ذلك كما لو اشترطاه جميعا والتوجيهان لأصبغ من رواية محمد (فرع) وسواء كان البياض بين أثناء السواد أو منفردا عن الشجر فى ذلك الحائط قاله محمد ووجه ذلك أنه تبع لملك صاحب الاصل (فرع) ولو استثنى العامل البياض فيما يجوز زرعه ثم أجيحت الثمرة ففى العتبية من رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك عليه كراء الارض البياض وقال سحنون جيد لأنه لم يعط اياه الا بعمل السواد فلما ذهب السواد كان له أن يرجع بالكراء قال على بن زياد عن مالك وكذلك لو عجز الداخل عن العمل عليه كراء مثله فى البياض (فرع) وان كانت المساقاة فى زرع وفى وسطه أرض بيضاء فاشترطها العامل لنفسه قال ابن القاسم لا بأس بذلك كالنخل وهذا اذا كانت يسيرة تبعا لأرض الزرع قال محمد وحكمه حكم بياض النخل وأحب الينا أن يلغى للداخل (مسئلة) واذا ساقاه زرعا فيه شجر تبعا للزرع ففى الموازية عن ابن القاسم انه بخلاف البياض بين النخل وكراء الارض فلا يجوز الا على سقاء واحد لا للعامل كمشترى الدار فيها نخل يشترط ثمرتها ولا يجوز أن يكون بينهما ولا يكون لصاحب الارض اذا كان العامل يسقى ذلك قاله محمد وجه القول الاول انه مما يجوز فيه المساقاة فلا يخلو أن يلغى كنوع من الشجر ووجه القول الثانى ان هذه أرض يعتبر فيها التبع للنخل فجاز أن يلغى كما لو ابتدأ بذرها وزراعتها قال ابن المواز ولم أجد أحدا اختار هذا القول وقول ابن القاسم هو المعروف

ص ﴿ قال مالك فى العين تكون بين الرجلين فينقطع ماؤها فيريد أحدهما أن يعمل فى العين ويقول الآخر لا أجد ما أعمل به انه يقال للذى يريد أن يعمل فى العين اعمل وأنفق ويكون لك الماء كله تسقى به حتى يأتى صاحبك بنصف ما أنفقت فاذا جاء بنصف ما أنفقت أخذ حصته من الماء وانما أعطى الاول الماء كله لأنه أنفق ولو لم يدرك شيأ بعمله لم يعلق الآخر من النفقة شئ ﴾ ش روى

* قال مالك فى العين تكون بين الرجلين فينقطع ماؤها فيريد أحدهما أن يعمل فى العين ويقول الآخر لا أجد ما أعمل به انه يقال للذى يريد أن يعمل فى العين اعمل وأنفق ويكون لك الماء كله تسقى به حتى يأتى صاحبك بنصف ما أنفقت فاذا جاء بنصف ما أنفقت أخذ حصته من الماء وانما أعطى الأول الماء كله لأنه أنفق ولو لم يدرك شيأ بعمله لم يعلق الآخر من النفقة شئ

سحنون عن ابن القاسم فى تفسير قول مالك فى الماء يكون بين الرجلين فيغور وأن كل أرض مشتركة لم يقسما أصلها من نخل أو أصول أو أرض فيها زرع زرعوه جميعا فانهدمت البئر فانه يقال لصاحبه اعمل مع صاحبك أو بع حصتك من الاصل والماء أو قاسمه الاصل نخذ حصتك ويأخذ حصته فمن أحب أن يعمل عمل ومن أحب أن يترك ترك ومن عمل منهما كان له الماء كله حتى يأتيه شريكه بما يصيبه من النفقة فيرجع على حقه من الماء وان كان بينهما زرع أو شجر مثمر فى أرض لهما فان الآبى يجبر على عمل حصته أو يبيعها من يعمل معه وأما اذا كانت حصة كل واحد منهما مفردة والماء واحدا فمن أبى منهما العمل فذلك له ويقال للآخر اعمل ولك الماء كله حتى يأتى شريكه بحصته من النفقة وانما ذلك بمنزلة الدار تنهدم فيأبى أحد الشريكين أن يبنى فيقال له ابن مع شريكك أو قاسمه قاله سحنون وابن نافع والمخزومى يقولان انما ذلك فى بئر ليس عليها ما يحيى لازرع ولا نخل ولا غيره فأما ما كان بئرا أو عينا عليهما ما يحيى فان أبى العمل يجبر على أن يعمل مع شريكه أو يبيع ممن يعمل معه كالسفل لرجل والعلو لآخر فينهدم ذلك فان صاحب السفل يجبر على أن يعمل معه فان أبى بيع عليه وقال عيسى فى العتبية يقال للآبى اما أن تعمل واما أن تبيع ممن يعمل معه ويجبر على ذلك قال وكذلك قال مالك فيجىء على قول ابن القاسم ان ذلك على ثلاثة أضرب اذا كان ما يسقى بالبئر أو العين مقسوما فمن شاء منهما أن يبنى بنى ومن شاء أن يترك ترك وقاسه على الشريكين فى الدار تنهدم وقاسه ابن نافع والمخزومى على صاحب السفل والعلو وهو أظهر لأن شريكه فى العين لا يقدر على الانتفاع به لقسمة الاصل كما لا يقدر صاحب العلو على بنيان علوه الا بعد ان يبنى صاحب السفل وصاحب الدار يقدر بعد المقاسمة على بنيان حصته من القاعة والضرب الثانى أن يكون مشاعا يقدر على مقاسمته فانه يؤمر الآبى أن يعمل مع صاحبه أو يقاسمه فيعود الى حكم الضرب الاول والضرب الثالث أن يكون الذى يسقيان مما لا يصلح قسمته كثمرة نخلها أو زرع أرضها فهو الذى يجبر عند ابن القاسم على العمل مع شريكه أو على أن يبيع ممن يعمل معه فراعى فى هذا بقاء الشركة بينهما واذا روعى حق الطالب الذى يريد العمل فان المضرة تلحقه اذا انفرد زرعه وثمرته كما تلحقه حال الاشتراك فيجب أن يكون الحكم فى ذلك سواء على ما رواه عيسى عن مالك (مسئلة) فان عمل أحدهما دون الآبى فقد قال ابن القاسم فى الثلاثة الاضرب انه يكون بالماء كله حتى يأتيه شريكه بما يصيبه من النفقة وهو قول مالك الا انه اذا أعطاه حصته من النفقة فقد صار منفقا معه وزالت العلة المانعة من ذلك وهو ابايته من النفقة (فرع) فلو كان العامل قد اغتل منها غلة كثيرة قبل أن يرد اليه حصة الآبى مما أنفق فقد روى عيسى فى العتبية انه اختلف فى ذلك فقال محمد بن دينار فى مسئلة الرحا للعامل من ذلك بقدر ما أنفق وما كان له قبل أن ينفق ويكون للآبى بقدر ما كان بقى له من ذلك وهو قول ابن وهب وأما ابن القاسم فقال مرة الغلة كلها للعامل دون الآبى حتى يعطى قيمة ما عمل قال عيسى وبهذا القول رأيت ابن بشير يحكم وبه أخذ ثم قال ابن القاسم بعد ذلك فى مسئلة الرحا يحاصه بما عمل فيما أنفق فاذا استوفى ذلك رجع الآبى فى حظه ولم يكن عليه شئ وجه قول ابن دينار ان مقدار ما كان بقى من منافع الرحا من هدم آلة لأصبغ فيه فمن اختار العمل فعليه باقيه للآبى وما زاد على ذلك فان للعامل غلته مع حصته مما بقى ووجه قول ابن القاسم الأول وهو الذى اختاره عيسى أن حصة الآبى لم يكن ينتفع بها ولا غلة لها الا بما عمله العامل فكانت غلة ذلك كله للعامل حتى يعطيه الآبى حصته من النفقة كرقبة العين ووجه القول الثانى لابن القاسم ان الرحا

والعين باقيان على ملك الآبى حصته منها يجب أن تكون له بذلك القدر من غلتها وانما كان ما أنفقه العامل فى ذلك اذا قلنا بقول محمد بن دينار واختيار عيسى بن دينار فان الذى يرد سلفا لا يتعلق بذمة وانما يتعلق بعين لا يتأتى فيه فاذا عاد اليه سلفه رجع الآبى الى استيفائه (فرع) فاذا قلنا بقول محمد بن دينار واختيار عيسى بن دينار فان الذى يرد الآبى الى العامل ما ينوبه من قيمة العمل يوم يدخل معه لا يوم عمله ولا ما ينوبه من النفقة التى أنفق الا أن يكون ذلك بحدثانه قاله عيسى ووجه ذلك انه لما كان الانفاق له فان للآبى الرجوع لانه من ذلك اليوم تكون له رقبته وغلته وأما قبل ذلك فان رقبته وغلته للعامل كانتا فكان له الزيادة وعليه النقص (فرع) واذا قلنا بقول ابن القاسم الثانى فيجب أن يرد ما أنفق فى البنيان على وجه السلف له لان الآبى يحتسب له بغلته من ذلك اليوم فيجب أن تلزمه تلك النفقة ما لم يكن فيها غبن (مسئلة) واذا غار ماء عين المساقى فان ذلك يختلف فان انقطع قبل العمل وقبل أن ينفق شيأ فلا شئ على رب الحائط فان أنفق العامل على سدها فلا شئ له فيما أنفق الا ما للمتعدى من النقص وله حصته من الثمرة وان كان بعد العمل فقد قال ابن المواز ان عبد الملك فسره تفسيرا حسنا فقال يتوخى قدر ما لرب الحائط من الثمرة بعد طرح مؤنته فيها الى وقت بيعها يتكلف أن يعجل ذلك وينفقه فان أعدم قيل للعامل انفق ذلك القدر وتكون حصته من الثمر رهنا بيدك فذلك والا فيسلم الحائط اليه بر به ولا شئ لك ولا له عليك (مسئلة) ومن اكترى أرضا سنين ليزرعها فانهارت بئرها أو غار ماؤها فان لم يكن فيها زرع انفسخ الكراء وليس له أن ينفق فيها شيأ قاله ابن حبيب ووجه ذلك ان هذا مانع طرأ عليه قبل العمل فلم يكن على رب الارض اصلاحها لانه لا يتلافى بذلك شيأ وهى للمكترى وأما ان كان له فيها زرع وان الذى يلزم أن ينفق فيها كراء تلك السنة دون سائر السنين يقوم ذلك ان اختلفت قيم السنين أو على السواء ان تساوت فان كان المكترى لم ينقد الكراء أنفق فى اصلاح ذلك كراء تلك السنة وان كان قد نقده فعلى رب الارض أن ينفقه قاله ابن حبيب وقال ابن المواز وان كان قد أفلس قيل للمكترى انفقه سلفا من عندك له وانما لم يكن له أن ينفق أكثر من كراء سنة لان السنة الباقية لم يعمل فيها شيأ فلم يلزم انفاق كرائها وانما يلزم كراء السنة التى قد زرع فيها ليحيى زرعه والله أعلم

(فصل) وقوله وانما أعطى الاول الماء كله لانه أنفق ولم يدرك شيأ بعمله لم يتعلق بالعمل من النفقة شئ يحتمل أن يريد بقوله الماء كله ما استقر بعمله ويحتمل أن يريد به جميع ماء العين ما بقى منه قبل العمل وما زاد بالعمل والاول أولى بالصواب الا أن يكون ما بقى منه لا يوصل الى الانتفاع به لقلته مع أن لفظ الحديث يقتضى انه لم يبق من الماء شئ وذلك أنه قال انقطع ماء العين وهذا انما يعبر به عن ذهاب جميعه وقال ان ما قضى بالماء كله للعامل لانه هو الذى أنفق يريد أن بنفقته عاد الماء مع انفاقه على وجه لو لم يعد الماء بنفقته لانفرد بالخسارة ولم يكن له على الآبى شئ من ذلك وهذا يقتضى انفراده بضمان النفقة والعلة تمنع الضمان فوجب أن يكون أحق بالماء حتى يشاركه الآخر فى ذلك بأن يبذل له حصته من النفقة فيعود الى حصته من الماء المملكه للاصل ص * قال مالك واذا كانت النفقة كلها والمؤنة على رب الحائط ولم يكن على الداخل فى المال شئ الا أنه يعمل بيده انما هو أجير ببعض الثمر فان ذلك لا يصلح لانه لا يدرى كم اجارته اذا لم يسم شيأ يعرفه ويعمل عليه لا يدرى أيقل ذلك أم يكثر * قال مالك وكل مقارض أو مساق فلا ينبغى له أن يستثنى من المال ولا من النخل شيأ دون صاحبه وذلك أنه يصير له أجيرا بذلك يقول أساقيك على أن تعمل لى فى كذا وكذا نخلة تسقيها وتأبرها وأقارضك فى كذا

* قال مالك واذا كانت النفقة كلها والمؤنة على رب الحائط ولم يكن على الداخل فى المال شئ الا أنه يعمل بيده انما هو أجير ببعض الثمر فان ذلك لا يصلح لأنه لا يدرى كم اجارته اذا لم يسم شيأ يعرفه ويعمل عليه لا يدرى أيقل ذلك أم يكثر * قال مالك وكل مقارض أو مساق فلا ينبغى له ان يستثنى من المال ولا من النخل شيأ دون صاحبه وذلك انه يصير له أجيرا بذلك يقول أساقيك على أن تعمل لى فى كذا وكذا نخلة تسقيها وتأبرها واقارضك فى كذا

وكذا من المال على أن تعمل لى بعشرة دنانير ليست مما أقارضك عليه فان ذلك لا ينبغي ولا يصلح وذلك الأمر عندنا ﴾ ش قوله انما قال لا يصلح أن تكون النفقة والمؤنة على رب الحائط لان العامل يكون أجيرا لان المكافأة انما هي من جنبة العامل بعمل مخصوص وهو ما يتعلق بنماء الثمرة ويبقى له في الاصل بعد جد الثمرة عين ثابتة لينتفع بها وكل بقعة في الحائط فان ذلك يؤدي لان نفقته على الدواب والرقيق نوع من الاجارة على عملهم في الحائط فاذا اشترط شئ من ذلك على رب الحائط فقد شرط عليه عمل ولا يصح ذلك في المساقاة كما لا يصح في القراض لان القراض أصل للمساقاة وقد تقدم ذكره

(فصل) وقوله لا يصلح ذلك فانه لا يدرى كم اجارته معناه انه اذا خرج عن شبه المساقاة ثبت له حكم الاجارة التي يصح أن يكون منها جميع العمل على العامل وبعضه ويشترط عليه جميع الانفاق أو بعضه لكنه لا يصح الا بالاجارة المعلومة المقدرة والمساقاة انما تنعقد بجزء مذكور أو بجميع الثمرة وهو قدر مجهول ولا يجوز أن ينعقد على أوسق مقدرة ولا خلاف في ذلك نعلمه فما أفسد الاجارة من ذلك صحح المساقاة وما صحح المساقاة أفسد الاجارة

(مسئلة) اذا ثبت ذلك فان سنة المساقاة أن يكون على العامل جميع العمل وجميع المؤنة والنفقة والاجراء والدواب والدلاء والحبال والآلات من حديد وغيره لا أن يكون شئ من ذلك في الحائط يوم السقاء فيستعين به العامل وان لم يشترطه قاله في الواضحة ووجه ذلك ما قدمناه من مآل هذه المعاني كلها الى العمل وهو مما يختص بالعامل

(مسئلة) اذا ثبت ذلك فان العمل يكون معلوما فما كان له عرف قام مقام الوصف وما لم يكن له عرف فلا بد من وصفه من عدد الحرث والسقي وسائر العمل فان قصر عما شرط عليه ففي العتبية عن سحنون فيمن ساقى حائطه على أن يحرثه ثلاث حرثات فيحرثه حرثتين قال ينظر جميع العمل المشروط عليه من حرث وسقي وقطع وجني فينظر ما عمل هو مما ترك فان كان ترك الثلث حط ثلث نصيبه ووجه ذلك أن نصيبه من الثمرة في مقابلة جميع العمل فاذا ترك بعضه حط من العوض بقدر ما ترك منه

(مسئلة) ولو كان ما ترك من العمل قد وجد له بدل من فعل الله تعالى مثل أن يترك بعض السقي فيغني عن ذلك المطر ففي العتبية والموازية عن مالك انه لا يحاسبه رب الحائط بذلك ووجه ذلك أنه انما دخل على أن يسقي الحائط ما احتاج من السقي ولا يقدر ذلك بعدد وانما هو بحسب الحاجة واذا سقاه المطر أو السيل لم يحتج الى سقي آخر

(فرع) اذا ثبت ذلك فان الاجراء على ضربين اجراء استأنف العامل استئجارهم واجراء كانوا في الحائط يوم المساقاة فاما من استأنف العامل استئجارهم فان أجرتهم على العامل وأما من كان فيه يوم المساقاة فان أجرتهم على رب الحائط لا يجوز اشتراط أجرتهم على العامل بخلاف نفقتهم وكسوتهم على العامل قاله في الواضحة

(مسئلة) وعلى العامل رم قصبة البئر وحباله وقواديسه ومؤنة الماء والحديد لعمله فاذا انقضى عمله كان ذلك له رواه ابن المواز ووجه ذلك ان هذه معان تتكرر وكذلك ما يعمل به من الحديد فانه يتكرر اصلاحه وهو من الآلات الموصوفة في العمل وكانت من الذي يلزم العامل وما كان عملا ثابتا كالبناء الذي يبقى وانما يعمل مرة لخراب طرأ عليه أو لاستئناف عمل فذلك من الأصول الثابتة فهي على رب الحائط

(مسئلة) وعلى العامل في الثمر جداده بعد أن يتمر وفي التين والكرم قطافه وتيبيسه في مساقاة الزرع قال ابن القاسم في المدونة حصاد الزرع ودرسه على العامل قال ابن سحنون في العتبية على العامل تهذيبه وذلك ان هذا كله من العمل الذي يلزم فيه قبل أن ينتهي الى حال استقامه والصفة التي يدخر عليها فيجب أن يكون ذلك على العامل وأما الزيتون فقد قال سحنون عن ابن القاسم على العامل عصره اذا كان ذلك غالب عمل ذلك البلد قال سحنون ومنتهى عمله

وكذا من المال على أن تعمل لى بعشرة دنانير ليست مما أقارضك عليه فان ذلك لا ينبغي ولا يصلح وذلك الأمر عندنا

قال مالك والسنة في المساقاة التي يجوز لرب الحائط أن يشترطها على المساق شد الحظار وخم العين وسرو الشرب وابار النخل وقطع الجريد وجدّ الثمر هذا وأشباهه على أن للمساقي شطر الثمر أو أقل من ذلك أو أكثر اذا تراضيا

عليه غير أن صاحب الأصل لا يشترط ابتداء عمل جديد يحدثه فيها من بئر يحتفرها أو عين يرفع رأسها أو غراس يغرسه فيها يأتي بأصل ذلك من عنده أو ضفيرة يبنيها تعظم فيها نفقته وانما ذلك بمنزلة أن يقول رب الحائط لرجل من الناس ابن لي هاهنا بيتا أو احفر لي بئرا أو اجر لي عينا أو اعمل لي عملا بنصف ثمر حائطي هذا قبل أن يطيب ثمر الحائط ويحل بيعه فهذا بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها * قال مالك فأما اذا طاب الثمر وبدا صلاحه وحل بيعه ثم قال رجل لرجل اعمل لي بعض هذه الأعمال لعمل يسميه له بنصف ثمر حائطي هذا فلا بأس بذلك انما استأجره بشئ معروف معلوم قد رآه ورضيه فأما المساقاة فانه ان لم يكن للحائط ثمر أو قل ثمره أو فسد فليس له الا ذلك وان الأجير لا يستأجر الا بشئ مسمى لا يجوز الاجارة الا بذلك وانما الاجارة بيع من البيوع انما يشتري منه عمله ولا يصلح ذلك اذا دخله الغرر لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر

فيه جنيه وفي كتاب ابن المواز ان لم يشترط على أحد فهو بينهما وجه قول سحنون ان جناه صبره على صفة تمكن قسمته ويدخر غالبا ص ﴿ قال مالك والسنة في المساقاة التي يجوز لرب الحائط أن يشترطها على المساق شد الحظار وخم العين وسرو الشرب وابار النخل وقطع الجريد وجدّ الثمر هذا وأشباهه على أن للمساق شطر الثمر أو أقل من ذلك أو أكثر اذا تراضيا عليه غير أن صاحب الأصل لا يشترط ابتداء عمل جديد يحدثه فيها من بئر يحتفرها أو عين يرفع رأسها أو غراس يغرسه فيها يأتي بأصل ذلك من عنده أو ضفيرة يبنيها تعظم فيها نفقته وانما ذلك بمنزلة أن يقول رب الحائط لرجل من الناس ابن لي ههنا بيتا أو احفر لي بئرا أو اجر لي عينا أو اعمل لي عملا بنصف ثمر حائطي هذا قبل أن يطيب ثمر الحائط ويحل بيعه فهذا بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها * قال مالك فأما اذا طاب الثمر وبدا صلاحه وحل بيعه ثم قال رجل لرجل اعمل لي بعض هذه الأعمال لعمل يسميه له بنصف ثمر حائطي هذا فلا بأس بذلك انما استأجره بشئ معروف معلوم قد رآه ورضيه فأما المساقاة فانه ان لم يكن للحائط ثمر أو قل ثمره أو فسد فليس له الا ذلك وأن الأجير لا يستأجر الا بشئ مسمى لا تجوز الاجارة الا بذلك وانما الاجارة بيع من البيوع انما يشتري منه عمله ولا يصلح ذلك اذا دخله الغرر لان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ﴾ ش قوله مما يجوز اشتراطه على العامل شد الحظار والحظار هو ما يحظر به على الحظيرة وهو الحائط وغيره وهو الذي يسمى الزرب فما انثلم منه جاز أن يشترط على العامل سد ذلك الثلم ويروى سد الحظار ومعناه أن يسترخي رباطه فيشترط على العامل شده وخم العين تنقيتها قال ابن حبيب وهو كنسها وسرو الشرب هو الكنس والشرب الحوض حول النخلة والشجرة ليبقى فيه الماء بعد السقي قال زهير

يخرجن من شربات ماؤها طحل * على الجذوع يخفن الغم والغرقا

وهذا كله من العمل الذي ينمي الثمرة ويوصل الى صلاحها وقد روي في سرو الشرب سوق الشرب وهو جلب الماء الذي يسقي به من مستقره الى الأصل الذي يسقي به قال ابن حبيب سرو الشرب تنقية الحياض التي تكون حول الشجر وتحصين سروفها ومجيء الماء اليها وزم القف وهو الحوض الذي يفرغ فيه الدلو ويجري منه الى الظفيرة وقد قال ابن حبيب ان سرو الشرب على العامل وان لم يشترط عليه واما خم العين وزم القف فانه يجوز أن يشترط عليه وان لم يشترط عليه فهو على رب الحائط (مسئلة) واستحب مالك من رواية أشهب عنه أن يشترط على العامل اصلاح القف قال في العتبية حرف القف واصلاح كف الزرنوق قيمته الدريهمات أو الدينار وهو على رب الحائط ان لم يشترط وروى عنه أشهب أيضا انه لا يشترط مع العامل اصلاح كسر الزرنوق ووجه ذلك أن يحتاج الى صلة لها قيمة من كبير (مسئلة) ويجوز أن يشترط على العامل عصر الزيتون رواه عيسى عن ابن القاسم وفي كتاب محمد عصر الزيتون على شرطهما وروى ابن القاسم عن مالك في المدونة مثل ذلك وفسره ابن القاسم بأنه ان شرط على العامل فذلك جائز وان شرط أن يقاسمه الزيتون جاز ولا يجوز أن يشترط على صاحب الحائط عصر حصة العامل وانما جاز ذلك على العامل لانه منتهى كالجداد لان

معظم مايدخر بعد العصر (مسئلة) ولا بأس أن يشترط على العامل الزكاة لانه جزء معلوم قاله مالك فى العتبية والموازية وقال الشيخ أبو اسحق وقد اختلف فى اشتراط رب الحائط الزكاة على العامل فى حصته فاجيز وكره واجازته أحب الى قال مالك فى المدونه والعتبية والموازية ولا يشترط ذلك على صاحب الحائط وقال محمد ذلك جائز وحكاه أبو القاسم بن الجلاب وعن المذهب جوازه بلغ الحائط الزكاة أو لم يبلغ وقال ابن القاسم فى المدونة قال لى مالك يجوز اشتراطه على العامل وهذا عندى مثله وجه جواز ذلك فى الوجهين ما استدل به فى جواز ذلك فى اشتراطه على العامل انه اذا اشترطه على العامل فقد شرط لنفسه خمسة أجزاء وللعامل أربعة أجزاء وكذلك اذا اشترطه على صاحب الحائط والفرق بينهما على قوله يجوز اشتراطه على العامل ومنع اشتراطه على رب الحائط (فرع) فان شرطه على العامل ولم يبلغ ثمر الحائط الزكاة فلرب المال من حصة العامل الزكاة عند الجميع أو نصف عشره وقال ابن عبدوس يقتسمان الثمرة على تسعة أجزاء للعامل منها أربعة ولصاحب الحائط خمسة وقال سحنون يقسم الثمرة عشرة أقسام للعامل أربعة ولصاحب الحائط خمسة ثم يقتسمان الجزء الثانى بينهما بنصفين (مسئلة) ولا يجوز لصاحب الحائط أن يشترط على العامل حمل نصيبه الى منزله ولا خير فيه ولو كان من القرب على ميل الا أن يكون شئ ليس عليه مؤنة رواه عيسى عن ابن القاسم وقاله أصبغ ووجه ذلك انه اشترط زيادة على العامل بعد القسمة فلم يجز ذلك كما لو شرط عليه مالا (مسئلة) وأما إبار النخل قال ابن حبيب وغيره وهو تذكيرها فى المدونة قال ابن القاسم التلقيح على العامل وان لم يشترط عليه لان مالكا قال جميع عمل الحائط على العامل وكذلك الجداد (فصل) وقوله على أن للعامل شطر الثمر أو أقل أو أكثر اذا تراضيا عليه يريد ان المساقاة جائزة على أى جزء اتفقا عليه وعلى ان يكون للعامل جميع الثمرة لانه أكثر من النصف وقد رواه ابن القاسم عن مالك فى المدونة ووجه ذلك بناء على تجويز القراض على جميع الربح للعامل

(فصل) وقوله غير انه لا يشترط على صاحب الاصل ابتداء عمل جديد من بئر يحفرها أو عين يرفع رأسها يريد أن تكون العين لانخفاضها لا يصل ماؤها حيث يريد فيبنى حوالها بنيانا يرفعه فيصل من أعلى ذلك البنيان الى حيث يريده قال أو غراس يغرسه يأتى به من عنده معناه أن يشترط على العامل غرسا يأتى به من عنده ويغرسه فى أرضه وحائطه فان ذلك لا يجوز ورواه ابن المواز عن مالك قال محمد ان كان يسيرا أجزت المساقاة وأبطلت الشرط وان كان كثيرا لم يجز قال مالك ولو شرط العمل عليه فى ذلك فقط ويكون أصل الغرس من عند صاحب الحائط فان كان يسيرا لا تعظم فيه النفقة فجائز وان كان كثيرا لم يجز (فرع) فاذا وقع ذلك على الوجه الذى لا يجوز فقد روى ابن المواز عن مالك انه أجيز له أجرة مثله قال عيسى ان كان العمل الكثير من العمل دون الأصل رد الى مساقاة مثله ولو أتى العامل بالودى لرد الى أجرة مثله ويعطى قيمة غرسه مقلوعا كما لو جاء به

(فصل) وقوله أو ظفيرة يبنيها يعظم فيها النفقة الظفيرة محبس الماء كالصهريج وانما شرط عليهم النفقة فيها لانه ان لم يكن له فيها الا اصلاح يسير بجبر بعض حروفها جاز اشتراط ذلك على العامل والمساقاة بينه على ان ما كان من العمل مما تحتاج اليه الثمرة ويبقى بعد الجداد مما يلزم رب الحائط فانه يجوز اشتراط يسيره على العامل ولا يجوز اشتراط كثيره وهو متفق عليه فان كان مما لا تحتاج اليه الثمرة فهو أيضا على قسمين قسم فيه مجرد العمل وقسم يأتى العمل بعينه فاما مجرد العمل فقد جوز مالك وأصحابه يسيره وأما الاتيان بالمنع فمنع منه مالك وجوزه ابن المواز

(فصل) وقوله وانما ذلك بمنزلة أن يقول لاجنبى احفر لى بئرا أو احفر لى عينا بنصف ثمرة حائطى

قبل أن يبدو صلاحها وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها معناه ان عمل المساقاة مختص بالثمرة على وجه لا يبقى بعد تمام المساقاة وانما يكون اجارة بثمر لم يبد صلاحه ولا يجوز ذلك لانه بيع له قبل بدو صلاحه وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعه قبل بدو صلاحه

(فصل) وقوله ولو كان ذلك بعد أن بدا صلاحه وحل بيعه فقال له اعمل لى بعض هذه الاعمال لعمل معروف بنصف هذه الثمرة فلا بأس بذلك لأنها اجارة بشئ معروف يريد انه لو بدا صلاحه لصحت الاجارة به وهذه الاعمال الباقية بعد الثمرة يجوز أن يستأجر عليها بثمرة يجوز بيعها والمساقاة تجوز في ثمرة لم يبد صلاحها الا أنه لا يجوز في أعمال تبقى بعد الثمرة لاسيما اذا كانت لها باقية ويكلف فيها مؤنة ونفقة ص ﴿ قال مالك والسنة في المساقاة عندنا انها تكون في كل أصل نخل أو كرم أو زيتون أو تين أو رمان أو فرسك أو ما أشبه ذلك من الاصول جائز لا بأس به على أن لرب المال نصف الثمر من ذلك أو ثلثه أو ربعه أو أكثر من ذلك أو أقل * قال مالك والمساقاة أيضا تجوز في الزرع اذا خرج واستقل فعجز صاحبه عن سقيه وعمله وعلاجه فالمساقاة في ذلك أيضا جائزة ﴾ ش قوله السنة عندنا في المساقاة أنها تكون في أصل كل نخل أو كرم أو زيتون أو تين أو فرسك يريد الخوخ قال وما أشبه ذلك من الاصول جائز لا بأس به وقال الشافعي لا تجوز المساقاة الا في النخل والكرم والدليل على ما نقوله ان هذا شجر مثمر له أصل ثابت فجازت المساقاة فيه كالنخل والكرم (مسئلة) واذا كانت الثمار بعلا لا تسقى وانما فيها من العمل الحرث فقد قال ابن القاسم مساقاتها جائزة ووجه ذلك أن الحرث عمل تزكو به الثمار ولا تزكو دونه فجازت المساقاة على عمله كالسقي وقال في الواضحة تجوز مساقاة شجر البعل وان لم يكن فيها عمل ولا مؤنة لأن لها حراسة وجدادا فجعل المساقاة فيما لا يحتاج الى الحرث وصحح المساقاة بالحراسة والجداد ومثل هذا يوجد في الزرع (فرع) وتجوز المساقاة في النخلة والنخلتين قاله مالك في المدونة قال وكذلك الشجر كله ووجه ذلك أن العقد اذا جاز في كثير الجنس جاز في قليله كالاجارة (مسئلة) واختلف في مساقاة المرسين وهو الريحان يريد الآس فأجازه ابن وهب قاله أصبغ ومنعه ابن القاسم ثم أجازه وثبت على اجازته واختار محمد منعه قال لأنه لا يجز كالموز والقصب الا أن تكون أشجاره ثابتة وانما تقطع منها أغصانها الثابتة كالسدرة وقال أصبغ في العتبية عن ابن القاسم قيل ان أصوله تعظم وتقيم السنتين وبعد الشتاء والصيف وليس له ابان فيجد ثم ينقطع فاذا كان يجد هكذا كل وقت لم تجز مساقاته لأنه يحل بيعه اذا بدا أوله (مسئلة) وتجوز مساقاة الورد والياسمين والقطن قاله مالك في المدونة زاد ابن المواز في الورد والياسمين وان لم يعجز عنه صاحبه ووجه ذلك أن لهذه أصلا باقيا وساقا ثابتا فصحت المساقاة فيه دون عجز عن الشجر (مسئلة) فأما مساقاة الزرع فقد قال مالك في المدونة تجوز مساقاة الزرع اذا استقل عن الارض وعجز عنه صاحبه فان لم ينبت بعد لم تجز مساقاته لأنه بذر ذكره ابن حبيب عمن لقى من أصحاب مالك سواء عجز عنه أو لم يعجز ووجه ذلك انه ليس له أصل بعد وانما هو بذر قال فان وقع فالزرع لصاحبه وللعامل أجرة مثله (مسئلة) واذا طلع وعجز عنه صاحبه جازت المساقاة فيه فان لم يعجز عنه صاحبه أو لم يستقل لم يجز ذلك فيه قاله ابن القاسم عن مالك وقال ابن نافع في كتاب ابن سحنون تجوز المساقاة في الزرع وان لم يعجز عنه صاحبه قال ابن عبدوس أى لا تجوز المساقاة في الزرع وجه قول مالك ان الزرع ليس له أصل ثابت ومدة العمل فيه يسيرة والنخل ليس لها أصل ثابت ويستدام العمل فيها أبدا والاتلفت فدوام العمل فيها يقوم مقام العجز عنها لأن الزرع انما يستديم العمل فيه مدة يسيرة ان شاء ترك الارض أو أخرها ولم يتكلف تعبا ولا عملا فيها فلذلك

* قال مالك السنة في المساقاة عندنا انها تكون في كل أصل نخل أو كرم أو زيتون أو رمان أو فرسك أو ما أشبه ذلك من الاصول جائز لا بأس به على ان لرب المال نصف الثمر من ذلك أو ثلثه أو ربعه أو أكثر من ذلك أو أقل * قال مالك والمساقاة أيضا تجوز في الزرع اذا خرج واستقل فعجز صاحبه عن سقيه وعمله وعلاجه فالمساقاة في ذلك أيضا جائزة

اختصت المساقاة بالشجر لهذه الضرورة ولم تجز فى الزرع لهذا المعنى لعدمها فيه وانما جازت فيه لضرورة العجز وجه قول ابن نافع ان ما جازت فيه المساقاة جازت لغير العجز كالنخل (فرع) ومعنى العجز عن الزرع أن يعجز عن عمله الذى يتم به أو ينمو أو يبقى فان كان له ماء فقد يكون عاجزا قال ابن القاسم فى المدونة لأن الماء لا بد له من البقر والاجراء قيل فان كان الماء سيحا قال ان علم انه عاجز جازت المساقاة وقال فى الواضحة اذا عجز صاحبه عن عمله وهو يعمل وله عمل ومؤنة ان ترك خيف عليه التلف جازت مساقاته وان لم يكن فيه عمل ولا مؤنة ولا حراسة وهو يعمل فلا تجوز مساقاته وأما الشجر البقل فتجوز فيه المساقاة وان لم يكن فيها عمل ولا مؤنة لأن لها حراسة وجدادا وهذا الذى قاله مثله فى الزرع لأن فيه دراسة وحصادا الا ان يريد الحصاد وحده لا يؤثر وانما يؤثر اذا انضم اليه الحراسة والنخل يحتاج الى حراسة مستديمة بلحا كبيرا الى أن يصير تمرا يتسرع الناس اليه والزرع لا يحتاج الى ذلك الا مخافة المواشى وقد يكون فى موضع يأمنها وأما الحرث فلا يتصور فى الزرع وهو وان كان لا بد منه فى الشجر فقد تصح المساقاة بعد أن أتى بذلك (فرع) فان كان الزرع بعلا قال ابن القاسم فى المدونة ان كان يحتاج من المؤنة ما يحتاج اليه شجر البقل وان ترك خيف أن يضيع فلا بأس به وان لم تكن له مؤنة ولا عمل فيه لم تجز مساقاته انما يقول احفظه لى واحصده وأدرسه لك على ان لك نصفه قال ابن القاسم فلا يجوز عندى لأنها أجرة وانما جاز فى الشجر البقل للضرورة وهذا الاضرورة فيه وهذا الذى ذكره ابن القاسم يحتاج الى تفسير لأنه يقال له وفى النخل اذا قال له احفظه لى وجده ولك نصفه فيجب أن لا يجوز والفرق بينهما ما قدمنا الاشارة اليه ان المساقاة لا تجوز الا فى المال الذى لا ينمو الا بالعمل ولا يجوز أن يستأجر لمنفعته المقصودة ويجب أن يكون ذلك العمل يلزم فيه قبل بدو الصلاح وهذا يتصور فى الأشجار لانها لا بد لها من حرث وتقسيم وسد حظار مع كونها من البعل وأما الزرع فانه لا تجوز فيه المساقاة الا بعد استقلاله عن الارض فان كان بعلا فلا يحتاج بعد ذلك الى عمل الى أن يبدو صلاحه ويجوز بيعه وتلك حال لا تجوز فيها المساقاة مع ان الزرع تقصر مدته ولا يستدام العمل فيه وقد قدمنا ذكره (مسئلة) وما كان بمثابة الزرع مما الغرض فى حبه دون بقله فهو بمنزلة الزرع قاله ابن القاسم فى الكمون وقد روى سحنون عن ابن القاسم تجوز المساقاة فى العصفر وكان يجب أن يكون حكمه حكم الكمون اذ ليس من شجرة باقية والمقصود منه نواره (مسئلة) وأما المقاثئ فجوز مالك فيها المساقاة كالتين والجز والقطن والمقاثئ وان كان بطنا بعد بطن فلعل هذا الجواز بان الثمرة تؤخذ منه وأصله ثابت احتراز من القصب الحلو والموز الذى يبقى له أصل بعد أخذ ثمرته وكذلك الزعفران والريحان الذى هو من جنس الاحباق والبقل والقصب والقرط ولذلك منع المساقاة فيه وعلل فى الواضحة تجويز المساقاة فى المقاثئ لتفاوت طيبها يريد والله أعلم أن بطونها لا تنفصل وشبهه بالتين الذى يطيب بعضه بعد بعض قال وليس شئ بعد شئ كالقصب يريد انه تتميز بطونه كتميز بطون القصب والموز وأما القطن فان كان يزرع فى كل سنة فهو بمنزلة المقاثئ والعصفر وان كان يبقى أصله وهو الذى يسمى العادى فهو بمنزلة الورد والياسمين (مسئلة) وأما الموز فقد قال مالك فى المدونة لا تجوز المساقاة فى الموز قال ابن القاسم وان عجز عنه صاحبه قال مالك فى الموازية وكل ما يجذ ويخلف مثل القصب والموز والقرط وشبهه من البقول لا تجوز مساقاته وجه ذلك انه اجتمعت فيه معان مؤثرة فى منع المساقاة من انه ليس له ساق كالشجر الذى هو أصل فى المساقاة ولا هو بمنزلة الزرع الذى انما يوجد مرة فى السنة اذا

أخذ لم يبق أصل يخلف والموز يبقى له أصل وهذا حكم ما كان بمنزلة الموز فى ذلك كالقصب والقرط (مسئلة) المغيبة كلها مما لا يدخر فهو كالبقل قال ابن عبد الحكم وهذا أحب الينا وقد اختلف فيه قال ابن المواز وكذلك الرياحين وقال ابن حبيب لا تجوز مساقاة فى البقول كلها لانه يجوز بيعها اذا بدا صلاحها أولها كالموز وليس كذلك كالمقاثئ لان ذلك نبات واحد يتقارب طيبه وروى ابن حبيب عن ابن القاسم وأما الزعفران والريحان والبقل والقصب والقرط فلا تجوز فيه المساقاة وجعل قصب السكر كذلك قال الشيخ أبو محمد ورآه اختلافا من قوله وقال ابن القاسم فى الموازية البقل مثل الفجل والجزر واللفت والبصل وشبهه تجوز المساقاة فيه اذا ظهر من الأرض وعجز صاحبه ما لم ينته الى حد يجوز بيعه وقال ابن نافع تجوز المساقاة فى البطيخ والأصول المغيبة كلها عجز عنها صاحبها أو لم يعجز فأما قول مالك لا يساقى شئ من البقول فان عنى به الكزبر والفطف والخضر التى تؤكل فان تلك اذا استقلت جاز بيعها والى هذا التعليل أشار ابن حبيب وأيضا فانه انما المقصود منه ما ظهر من ورقه دون بزر يكون فيه وما كان بهذه الصفة فلا مساقاة فيه وأما ما كان من الأصول المغيبة فان المقصود منها أن لا تظهر من الأرض والمساقاة مختصة بما كان ظاهرا على الأرض وبذلك يختص السقى بالشجر ولا يجوز فى الزرع وان عجز عنه صاحبه الا بعد أن يظهر ووجه تجويز ابن القاسم له ان المقصود منه قد ثبت له أصل وللعمل فيه غاية ينتهى اليها وتنال ثمرته فيها ولا يبقى له ما يجلب كالزرع (مسئلة) وأما قصب السكر فقد قال مالك تجوز فيه المساقاة اذا ظهر وعجز عنه صاحبه ومنع منه فى الواضحة ابن القاسم وجه الجواز انه انما تؤخذ ثمرته مرة فى السنة كالزرع ووجه المنع انه مما يخلف أصله كالموز والقصب ص ﴿ قال مالك لا تصلح المساقاة فى شئ من الأصول مما تحل فيه المساقاة اذا كان فيه ثمر قد طاب وبدا صلاحه وحل بيعه وانما ينبغى أن يساقى من العام المقبل وانما مساقاة ما حل بيعه من الثمار اجارة لانه انما ساقى صاحب الأصل ثمرا قد بدا صلاحه على أن يكفيه اياه ويجذه له بمنزلة الدنانير والدراهم يعطيه اياها وليس ذلك بالمساقاة انما المساقاة ما بين أن يجذ النخيل الى أن يطيب الثمر ويحل بيعه * قال مالك ومن ساقى ثمرا فى أصل قبل أن يبدو صلاحه ويحل بيعه فتلك المساقاة بعينها جائزة ﴾ ش قوله لا تحل المساقاة فى شئ تجوز فيه المساقاة اذا طاب ثمره وحل بيعه يريد ان كل شئ تجوز فيه المساقاة وانما يجوز ذلك فيها ما لم يبد صلاح ثمرته ويحل بيعه للضرورة التى ذكرناها فاذا حل بيعها ارتفعت الضرورة فلم تجز المساقاة لانه يجوز له تعجيل نفعه ببيعه أو بالاجارة عليه لانه لما جاز بيعه جازت الاجارة به وللأشجار أحوال حال قبل أن تكون فيها ثمرة ويجوز عند مالك فيها المساقاة وقال الشافعى فى أحد قوليه لا يجوز ذلك والدليل على ما نقوله قول النبى صلى الله عليه وسلم لأهل خيبر أقركم ما أقركم الله عز وجل على ان الثمرة بيننا وبينكم فعقد مساقاة لأعوام فلا يخلو أن تكون فى النخل حينئذ ثمرة أو لا تكون فيها ثمرة فان كان فيها ثمرة فقد تناول عقد المساقاة ما بعد ذلك العام من الاعوام وثمرة تلك الاعوام معدومة وان لم يكن فيه ذلك العام بعد ثمرة فلم يتناول العقد عاما الا وثمرته معدومة (مسئلة) وان كان فيها ثمرة لم يبد صلاحها فتلك التى تجوز فيها المساقاة دون خلاف بين من يجذها وان كان فيها ثمرة قد بدا صلاحها فقد قال مالك فيها ما تقدم (فرع) فان وقعت المساقاة فقد قال مالك تجوز فيه الاجارة ولم تجز مساقاته لانه ترك فى ازهاء الثمرة شيأ معلوما ويرجع الى المساقاة ويفسخ العقد ما لم تفت ولا يكون اجارة ومعنى الاجارة ان المساقاة تتضمن ان

* قال مالك لا تصلح المساقاة فى شئ من الأصول مما تحل فيه المساقاة اذا كان فيه ثمر قد طاب وبدا صلاحه وحل بيعه وانما ينبغى أن يساقى من العام المقبل وانما مساقاة ما حل بيعه من الثمار اجارة لأنه انما ساقى صاحب الاصل ثمرا قد بدا صلاحه على أن يكفيه اياه ويجذه له بمنزلة الدنانير والدراهم يعطيه اياها وليس ذلك بالمساقاة انما المساقاة ما بين أن يجذ النخيل الى أن يطيب الثمر ويحل بيعه * قال مالك ومن ساقى ثمرا فى أصل قبل أن يبدو صلاحه ويحل بيعه فتلك المساقاة بعينها جائزة

على الداخل النفقة على رقيق الحائط وجميع مايلزم العامل من المؤن والنفقات وان لم يكن ذلك معلوما ولا يجوز في الاجارة وقال سحنون لا يبطل العقد ويحمل على الاجارة ولا تبطل المساقاة فيه لان مايعطاه المساقي غير مكيل على ماقاله بعض من تكلم في ذلك من أهل بلدنا لانه لاخلاف انه يجوز بيع نصف ثمر حائط ومايجوز بيعه يجوز الاستئجار به وجوز الشافعي في أحد قوليه المساقاة في الثمرة بعد بدو صلاحها والدليل على مانقوله ان مايجوز بيعه لاتجوز المساقاة فيه كالذي يبدو صلاحه من التين وغيره من الأشجار (مسئلة) ومن ساقى حائطا قد أزهت ثمرته لهذه السنة وسنين بعدها فقد قال مالك في المدونة يفسخ ان أدرك قبل أن تجد الثمرة أو بعد ماجدها الا انه الى هذا الموضع له نفقته التي أنفق وعمل مثله على رب الحائط وهذا يقتضي انه لا يكون له النفقة وانما يكون له أجرة مثله وما أنفق (فرع) وان عمل في النخل بعد ماجد الثمرة لم يكن على رب المال أن ينتزعه منه حتى يستكمل السنتين كله ماقاله في المدونة وقال لانه قد عمل في الحائط والنخل فقد ينقص حملها في عام ويزيد في آخر فان لم يستوعب السنتين ظلم أحدهما وأصل هذا ان المساقاة الفاسدة التي يرجع فيها الى مساقاة المثل فانه يفسخ مالم يعمل العامل فاذا عمل لم يفسخ ومايرد الى أجرة المثل فيفسخ عمل أولم يعمل قاله ابن حبيب فجعل الفوات بابتداء العمل في وقت تصح فيه المساقاة وفي كتاب ابن المواز أدرك قبل مجيء ثمرة قابل فسخ وأخذ اجارة مثله ونفقته وان لم يفسخ حتى أتت ثمرة قابل لم يفسخ الى بقية السنتين فجعل الفوات بظهور ثمرة عام من أعوام المساقاة ولا يلزم هذا في قوله انه تجوز المساقاة في الثمرة المزهية وتكون اجارة لانه لما جمع في عقد واحد عقد اجارة وعقد مساقاة لم يجز لانه ازدياد من أحدهما في المساقاة وانما يجوزه سحنون اذا انفرد وقد قال في الموازية في الحائط تكون فيه أنواع مختلفة حل بيع بعضها ولم يحل بيع سائرها فجمع ذلك في المساقاة قال وان كان الذي أزهى في الحائط الأقل جازت وان كثر لم يجز فيه ولا في غيره ومعنى ذلك جمع الاجارة والمساقاة في عقد واحد على قول سحنون وعلى قول مالك وابن القاسم لان عقد المساقاة فيما قد أزهى من الثمرة فاسد ففسد ماقارنه

(فصل) وقوله وانما ينبغي أن يساقي في العام المقبل يحتمل أن يريد وقوع العقد بعد جد الثمرة التي أزهت ويحتمل أن يريد أن يعقد لان العقد للعام المقبل فيكون أوله بعد الجداد للثمرة المزهية وانما يجوز عقد المساقاة في عام أول العام بعده لانه عقد لازم مع قرب المدة

(فصل) وقوله وانما مساقاة ماحل بيعه من الثمار اجارة يحتمل وجهين أحدهما انه يصح فيه بدل عقد المساقاة عقد الاجارة فأما الاجارة فلا تجوز فيه لما قدمناه ويحتمل أن يريد ان حكمه حكم الاجارة وان العقد بلفظ المساقاة ولذلك قال لانه انما يساقيه ثمرا بدا صلاحه على أن يكفيه اياه ويجده له كالو أعطاه على ذلك دنانير أو دراهم وليس ذلك بمساقاة يحتمل أن يريد وليس في وقت المساقاة

(فصل) وقوله وانما المساقاة مابين أن يجد النخل الى أن يطيب ثمره يريد ان هذه المدة التي تجوز فيها المساقاة ويحتمل أن يريد انها تلك المدة التي تثبت لما انعقد فيها بلفظ المساقاة حكم المساقاة وقوله بعد ذلك فتلك المساقاة جائزة يدل على انه أراد بقوله ان مساقاة ماحل بيعه من الثمار اجارة ان مساقاته لاتجوز وانما يجب أن تعقد فيها الاجارة والله أعلم (مسئلة) ومن ساقى حائطا يعمل فيه بثمرة حائط آخر قال مالك في الموازية لاتجوز الا أن تكون ثمرة الآخر قد أزهت فهي اجارة فان لم تزه فهي مساقاة وهذه المسئلة تدل من قول مالك على ان الاجارة تنعقد بلفظ المساقاة وقد تقدم ذكر

احتماله اللفظ بهذا القول ولابطال العقد وقد قال بعض القرويين انما منع ابن القاسم مساقاة ما أزهى ولم يجعل ذلك اجارة لان عرف المساقاة أن لا يأخذ أحدهما شيأ الى جداد الثمرة وكان كل واحد منهما شرط على صاحبه أن لا يقاسمه ولا يتصرف في نصيبه الا عند القسمة بعد الجداد وهو في الاجارة لو شرط هذا لم يجز وانما يجوز أن يستأجره ببعضه اذا كان لكل واحد منهما أن يقاسم ويتصرف في نصيبه ماشاء فان اعترض على ذلك بقوله في كتاب الشفعة في بيع أحد المساقيين لسهمه فقد أجاز ذلك والمشترى لا يقدر على الجد فانما جاز ذلك ان المساقاة وقعت على التقية فلما احتاج الى البيع واستضر بمنعه سومح بذلك * قال القاضي أبو الوليد والأظهر عندى في ذلك ما تقدم ص ﴿ قال مالك ولا ينبغي أن تساقي الارض البيضاء وذلك انه يحل لصاحبها كراؤها بالدنانير والدراهم وما أشبه ذلك من الأثمان المعلومة ﴾ ش قوله ولا ينبغي أن تساقي الأرض البيضاء لانه يحل لصاحبها كراؤها يريد ان ما حل بيعه للمنفعة المقصودة لا يحل المعاملة عليه ببعض نمائه الخارج عنه وبذلك لا تجوز مساقاة الارض التي يجوز كراؤها للمنفعة المقصودة منها وهي الثمرة وان جاز أن تكرى لغير منفعتها المقصودة منها لمن أراد أن ينشر عليها ثيابا أو غير ذلك

(فصل) وقوله يحل لصاحبها كراؤها بالدنانير والدراهم وما أشبه ذلك من الأثمان يريد وما أشبه الدنانير والدراهم فانما يمنع كراؤها بكثير مما يعاوض به وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ص ﴿ قال مالك فأما الرجل الذي يعطى أرضه البيضاء بالثلث أو الربع مما يخرج منها فذلك مما يدخله الغرر لان الزرع يقل مرة ويكثر مرة وربما هلك رأسا فيكون صاحب الارض قد ترك كراء معلوما يصلح له أن يكرى أرضه به وأخذ أمرا غررا لا يدرى أيتم أم لا فهذا مكروه وانما مثل ذلك مثل رجل استأجر أجيرا لسفر بشئ معلوم ثم قال الذي استأجر الأجير هل لك أن أعطيك عشر ما أربح في سفرى هذا اجارة لك فهذا لا يحل ولا ينبغي * قال مالك ولا ينبغي لرجل أن يؤاجر نفسه ولا أرضه ولا سفينته الا بشئ معلوم لا يزول الى غيره * قال مالك وانما فرق بين المساقاة في النخل والأرض البيضاء ان صاحب النخل لا يقدر على أن يبيع ثمرها حتى يبدو صلاحه وصاحب الارض يكريها وهي أرض بيضاء لا شئ فيها ﴾ ش قوله فالذي يعطى أرضه البيضاء بثلث ما يخرج منها أو ربعه يدخله الغرر يريد انه لا يجوز للرجل أن يكرى أرضه البيضاء بجزء يخرج منها وان جاز أن يكريها في الجملة الا أن ذلك الربع لا يدرون قدره لانه قد يقل مرة وربما تلف جميعه ويكثر أخرى والكراء معاوضة على منافع الارض فلا يجوز الا بعوض معلوم لا سيما فيمن تمكن المعاوضة عليه لشئ معلوم وانما جاز في المساقاة لانه لا يجوز المعاوضة على منافع الثمار بشئ معلوم ومثل ذلك من استأجر أجيرا بثلث ما يربح في سفره مع تمكنه من استئجاره باجارة معلومة فان ذلك لا يجوز وقد جوز أبو حنيفة استئجار الارض بجزء مما يخرج منها والدليل على ما نقوله ما أخرجه البخاري من حديث عطاء عن جابر كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف فقال النبي صلى الله عليه وسلم من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فان لم يفعل فليمسك أرضه ومن جهة المعنى ان هذا عوض في الاجارة مجهول فوجب أن يكون ممنوعا كالجزء الذي ليس بمقدر وقال ابن حبيب المخابرة كراء الارض بالجزء مما يخرج منها والخبر حرث الارض (مسئلة) ولا يجوز استئجارها بطعام مقدر خلافا للشافعي والدليل على ما نقوله ما أخرجه البخاري من حديث رافع بن خديج عن عمه ظهير بن رافع انه قال لقد نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان بنا رافقا قلت ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق قال

* قال مالك ولا ينبغي أن تساقي الأرض البيضاء وذلك انه يحل لصاحبها كراؤها بالدنانير والدراهم وما أشبه ذلك من الأثمان المعلومة * قال فأما الرجل الذي يعطى أرضه البيضاء بالثلث أو الربع مما يخرج منها فذلك مما يدخله الغرر لأن الزرع يقل مرة ويكثر مرة وربما هلك رأسا فيكون صاحب الأرض قد ترك كراء معلوما يصلح له أن يكرى أرضه به وأخذ أمرا غررا لا يدرى أيتم أم لا فهذا مكروه وانما مثل ذلك مثل رجل استأجر أجيرا لسفر بشئ معلوم ثم قال الذي استأجر الأجير هل لك أن أعطيك عشر ما أربح في سفرى هذا اجارة لك فهذا لا يحل ولا ينبغي * قال مالك ولا ينبغي لرجل أن يؤاجر نفسه ولا أرضه ولا سفينته الا بشئ معلوم لا يزول الى غيره * قال مالك وانما فرق بين المساقاة في النخل والأرض البيضاء أن صاحب النخل لا يقدر على أن يبيع ثمرها حتى يبدو صلاحه وصاحب الأرض يكريها وهي أرض بيضاء لا شئ فيها

دعانى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ماتصنعون بمحاقلكم قلت نؤاجرها على الربع وعلى الأوسق من التمر والشعير قال لاتفعلوا ازرعوها وأزرعوها أوامسكوها قال رافع قلت سمعا وطاعة قال ابن حبيب قال مالك فيما نهى عنه من المحاقلة هو اكتراء الارض بالحنطة ووجه ذلك من جهة المعنى انه منفعة الارض التى اكتريت لها وهى المنفعة المقصودة منها انما هو الطعام الخارج فاذا اكتراها منه بطعام فهو طعام بطعام غير مقبوض ولا مقدر (مسئلة) وسواء كان الطعام الذى اكترى به الارض مما تنبته الارض كالحب والتمر أو مما لاتنبته كاللحم واللبن فان ذلك لايجوز قاله مالك وابن القاسم وأشهب وابن وهب وابن عبد الحكم ومطرف وابن الماجشون وقال ابن كنانة لا يكرى بشئ اذا أعيد فيها نبت وتكرى بغير ذلك من طعام أو غيره مما لاتنبت وقال ابن نافع وغيره لاتكرى بالحنطة وأخواتها وتكرى بغير ذلك من مطعوم وغيره وقال ابن حبيب وكره مالك اكتراءها بالطعام لانه طعام بطعام مؤجل وقال ابن الماجشون انما كرهه لانه من المحاقلة الا أن تكون أرضا لاتنبت ذلك الشئ كالقطن والزعفران فى أرض لاتنبتهما * قال القاضى أبو الوليد وجه كراهيته عندى ما أخرجه البخارى من حديث اسحق بن أبى طلحة عن أنس نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والدليل على ذلك ماروى رافع بن خديج أن النبى نهى عن كراء المزارع وهذا عام الاما خصه الدليل ومن جهة المعنى ان هذا طعام فلم يجز كراء الارض به كالقمح ووجه قول ابن كنانة ان هذا مما لايزرع فى الارض فجاز أن تكرى به كالحطب والجذوع ووجه قول ابن نافع ان كل مايجوز التفاضل بينه و بين القمح فانه يجوز أن تكرى به الارض كالذهب والفضة (مسئلة) ولاتكرى الارض بشئ مما يخرج منها من النبات مما ليس له أصل ثابت وان كان مما لايؤكل كالكتان هذا قول مالك وابن القاسم فى المدونة ولابشئ من الحشيش وقال ابن المواز لابأس أن تكرى الارض بالخضر قال الشيخ أبو محمد يريد من الكلأ لانه ليس مما يزرع ولا من الطعام ووجه قول مالك انه مما تنبته الارض وليس له أصل ثابت فلم يجز أن يكرى به كالقمح ووجه القول الثانى انه انما يكره كراء الارض بما يخرج منها لئلا يعطيك مما تنبت أرضك أو يدخله الجزاف المجهول بين ما يأخذه منه وما تنبته أرضك فاذا كانت الارض لاتنبت ذلك الجنس فقد أمنت ذلك كله (فرع) فاذا قلنا لا يجوز كراؤها بالكتان فانه يجوز بالثياب من الموازية ووجه ذلك انه قد استحال عن جنس الاصل فليس هو مما تنبت الارض (مسئلة) ولا بأس أن تكرى بالجذوع والحطب والخشب والعود و بأصل شجر لايثمر ووجه ذلك انه أصل ثابت من جنس الارض ولانه يتبعها بمجرد العقد بخلاف الزرع فكأنه انما أكراها بأرض أخرى وذلك جائز وقال ابن الماجشون انما أجازه بالخشب لانه ليس الذى يزرع وهذا الذى ينتقض بالكتان والقطن فانه لايزرع ومع ذلك فلا يجوز ان تكرى الأرض بهما

(فصل) وقول مالك ولاينبغى للرجل أن يؤاجر نفسه ولا أرضه ولا سفينته الا بشئ معلوم يريد معلوم الجنس والصفة والقدر بكيل أو وزن أو عدد أو حزر ان كان قريبا غير متعلق بالذمة وليس كذلك من يكرى أرضه بجزء مما تخرجه فان ما تخرجه غير معلوم الصفة ولا القدر ولا مرئى ينظر اليه

(فصل) وانما فرق بين المساقاة فى النخل والأرض البيضاء ان صاحب النخل لايقدر أن يبيع ثمرها حتى يبدو صلاحه وصاحب الأرض يكريها يريد أن النخل لا يجوز أن يبيع منفعتها المقصودة منها وهى الثمرة على الوجه المعتاد مالم يبد صلاحها فاذا بدا وجاز ذلك لم تجز فيها المساقاة وصارت بمنزلة

الأرض البيضاء لما جاز أن تباع منفعتها المقصودة منها وهي الزراعة فيها واكتراؤها للزرع قبل الصلاح لم تجز المساقاة فيها ص ﴿ قال مالك والأمر عندنا في النخل أيضا أنها تساقى السنتين والثلاث والأربع وأقل من ذلك وأكثر قال وذلك الذي سمعت وكل شئ مثل ذلك من الأصول بمنزلة النخل يجوز فيه لمن ساقى من السنين مثل ما يجوز في النخل ﴾ ش قال القاضي أبو الوليد ومعنى ذلك عندي أن عقد المساقاة عقد لازم قال الشيخ أبو اسحاق عقد المساقاة لازم للمتعاقدين وليس لاحدهما فسخه بعد عقده الا برضا صاحبه ولو مات أحدهما لكان ورثته مكانه وفي الموازية اذا انعقدت المساقاة فليس لاحدهما رجوع وان لم يعمل كالاجارة بخلاف القراض وقد رأيت لبعض القرويين انه لو مات قبل الجداد لبطلت المساقاة وليس كالعقود اللازمة وان لم ينبض ولعله تعلق في ذلك بما روى في عين السقى تغور ان كان ذلك قبل العمل فلا شئ على رب الحائط وان كان بعد العمل لزمه أن ينفق بقدر ما يقع له من الثمرة وان لم يكن عنده شئ فللعامل أن ينفق ويكون نصيبه من الثمرة رهنا بيده وفي المدونة في العامل يندم فيسأل الاقالة قبل العمل فيأبى صاحب الحائط أن يقبله فيعطيه على ذلك مائة درهم فلا يجوز عند مالك قبل العمل ولا بعده وهذا يقتضي اللزوم قبل العمل ولو لم يلزم قبل العمل لما لحقه ندم ولا سأل اقالة ولا زاد لذلك مائة وأما القبض فلا تأثير له ولذلك لم يؤثر في القراض وانما التأثير للعمل وقد قال ابن حبيب المساقاة بيع من البيوع اذا عقداها بينهما لم يجز لاحدهما أن يرجع فيها حتى يتم أجلها (مسئلة) اذا ثبت أنه عقد لازم جاز أن يعقد لو جانب عنده ككراء الارض وما ليس بلازم ومن العقود الجائزة كالشركة والقراض فانه لا يجوز أن يعقد الاعتداء طلقا لا يشترط فيه وجانب لان ذلك يقتضي اللزوم (مسئلة) ووجانبه بالشهور والسنين قاله الشيخ أبو اسحق وابن حبيب ووجه ذلك ان أجرة العامل لا تصح أن تكون الا من الثمرة التي يعمل في أصلها بجزء منها فكان العمل الى أن يمكن قسمتها كربح القراض ومعنى قوله بالسنين يريد من الجداد الى الجداد

(فصل) وقوله ان النخل يجوز أن يساقى لسنتين وثلاثا وأربعا وأقل من ذلك وأكثر يريد ما لم يكثر ذلك جدا قال ابن القاسم في المدونة في العشر سنين والثلاثين والخمسين ولم أسمع من مالك فيه شيأ ولا أدري ما هذا وما لم يكثر جدا فلا بأس به (مسئلة) ومن أخذ النخل مساقاة ثلاث سنين فعمل في النخل سنة ثم أراد أن يترك لم يكن له ذلك حتى يتم أجل المساقاة الا أن يتراضيا قبل ذلك (مسئلة) اذا ثبت أنه عقد لازم فان لهما أن يتتاركا بغير جعل ولا يجوز أن يعطيه العامل شيأ قبل العمل ولا بعده وقاله مالك في المدونة قال ابن القاسم وانما جاز ذلك لان العامل يجوز أن يدفع النخل الى غيره مساقاة فاذا ردها الى ربها فقد ساقاه فيها ولم يجز عندي أن يزيده شيأ لانه يكون زيادة من أحد المساقيين وذلك يمنع صحة المساقاة ولا يجوز أن يقول صاحب الحائط له أخرج وأعطيك قيمة ما أنفقت وان رضيا بذلك لما قدمناه من الزيادة في المساقاة (فرع) فاذا قلنا بذلك فلا بأس أن يدفع العامل النخل مساقاة الى رب الحائط بأقل مما أخذه ما لم تطب الثمرة قاله مالك في العتبية قال محمد وما لم يضمن له الجزء الباقي من الثمرة ولا يجوز ذلك بأكثر من ذلك الجزء حتى يحتاج العامل أن يزيد من حائط آخر ووجه ذلك انه اذا ساقاه بأقل من ذلك الجزء فهي مساقاة صحيحة لان العامل الاول بما عمل صار بمنزلة صاحب الحائط يجوز له أن يساقيه صاحب الحائط بأقل من ذلك الجزء فيبقى للعامل في الحائط سدس أو ربع كما يبقى لصاحب الحائط اذا ساقى غيره فاذا ساقاه بأكثر من

* قال مالك والأمر عندنا في النخل أيضا انها تساقى السنتين والثلاث والأربع وأقل من ذلك وأكثر قال وذلك الذي سمعت وكل شئ مثل ذلك من الاصول بمنزلة النخل يجوز فيه لمن ساقى من السنين مثل ما يجوز في النخل

ذلك الجزء لم يجز ذلك لانه بمنزلة أن يشترط صاحب الحائط للعامل جزأ زائدا من حائط آخر على جميع ثمر حائط المساقى وروى ابن ميسر عن ابن القاسم عن مالك ان لم يعمل جاز أن يعطيه صاحب الارض جزأ من الثمرة وان عمل لم يجز ذلك (مسئلة) ولو اطلع على أن العامل سارق مبرح يخاف منه أن يقطع النخل ويذهب بالثمرة أو يخرب الدار ويبيع أبوابها لم يكن له اخراجه عند ابن القاسم واحتج لذلك بما قال مالك فى الرجل يبيع السلعة من رجل مفلس والبائع لا يعلم بفلسه ان البيع لازم فهذا مثله * قال القاضى أبو الوليد والذى عندى أن المساقى شريك فى أصل الثمرة والشريك لا يستطيع شريكه أن يخرجه من عين حقه لما يظهر فيه من خيانة ولا غيرها (مسئلة) ولا تنفسخ المساقاة بموت أحد المتساقيين فان مات العامل عمل ورثته ان كانوا أمناء كما كان صاحبهم يعمل فان أبوا ذلك كان مال الميت لازما لهم وان كانوا غير أمناء لم يسلم اليهم ويأتون بامين قاله ابن القاسم فى المدونة ففرق بين هذه المسئلة وبين أن يظهر من العامل سرقة أو اغارة وذلك لان العامل تعلقت المساقاة بذمته وماله ولزمته أكثر من لزومها للورثة فلو اطلع فى النخل على قلة حمل وضعف لزمته المساقاة وكذلك اذا اطلع منه على عيب والورثة لا تتعلق المساقاة بأموالهم ولا يلزمهم ان كرهوها وانما تلزم تركة الميت ان كان له مال ولذلك لم يلزم صاحب الحائط بسرقتهم وخيانتهم (مسئلة) ولو أجيحت الثمرة فقد روى أشهب عن مالك لا جائحة فى المساقاة وليس للعامل أن يخرج وهما شريكان فى النماء والنقصان وروى عنه سحنون ان بلغت الجائحة الثلث فللعامل أن يسقى الحائط كله أو يخرج قال محمد ولا شئ له من علاجه ونفقته وجه القول الاول انهما شريكان فلم ينفسخ ذلك بينهما بالجائحة ووجه القول الثانى ان عمله عوض من حصته من جميع الثمرة فاذا أجيحت كان له ترك ذلك كما لو اشتراها (فرع) وهذا اذا كانت الجائحة شائعة فى الحائط فاما اذا أجيحت جهة وسلمت أخرى فيلزم المساقاة فيما سلم الا أن يكون بعد أخذ الثلث فأقل قاله محمد ص ﴿قال مالك فى المساقى انه لا يأخذ من صاحبه الذى ساقاه شيأ من ذهب ولا ورق يزداده ولا طعام ولا شيأ من الأشياء لا يصلح ذلك ولا ينبغى أن يأخذ المساقى من رب الحائط شيأ يزيده اياه من ذهب ولا ورق ولا طعام ولا شئ من الأشياء والزيادة فيما بينهما لا تصلح قال مالك والمقارض أيضا بهذه المنزلة لا يصلح اذا دخلت الزيادة فى المساقاة أو المقارضة صارت اجارة وما دخلته الاجارة فانه يصلح وينبغى أن تقع الاجارة بامر غرر لا يدرى أيكون أم لا يكون أو يقل أو يكثر﴾ ش قوله ولا يأخذ من الذى ساقاه يعنى العامل شيأ من ذهب ولا ورق ولا شيأ من الأشياء يزداده يريد ان صاحب الحائط ليس له أن يشترط على العامل شيأ يزداده غير حصته من الثمرة يريد مما نقصه خارجا عن العمل فى الحائط وأما اشتراطه عليه العمل فى الحائط فانما كان ذلك شرطا فى صحة عقد المساقاة لان عقد المساقاة على ما قدمناه مبنى على أن الثمرة فيه عوض عن العمل لا يجوز أن يكون للثمرة عوض غير العمل لانه يكون من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وقبل ظهورها ولا يزداد العامل من رب الحائط شيأ لانه لا يجوز أن يقارن المساقاة بيع ولو شرط على صاحب الحائط شيأ لكان ذلك عوضا من بيع عمله فاجتمع عقد مساقاة وبيع وذلك غير جائز (مسئلة) ولو عقدا مساقاة على جزء من الثمرة بعد ان عمل صاحب الحائط فيه أشهرا فان كان على أن يبيعه بما سقى لم يصلح وان كان ملغى فلا بأس بذلك رواه أشهب عن مالك فى العتبية والموازية ويدخله ما ذكرنا من ازدياد صاحب الحائط من العامل دنانير أو دراهم وذلك غير جائز ولو كانت المساقاة على ان جميع الثمرة للعامل فذلك جائز الا أن يكون صاحب

* قال مالك فى المساقى انه لا يأخذ من صاحبه الذى ساقاه شيأ من ذهب ولا ورق يزداده ولا طعام ولا شيأ من الاشياء لا يصلح ذلك ولا ينبغى أن يأخذ المساقى من رب الحائط شيأ يزيده اياه من ذهب ولا ورق ولا طعام ولا شئ من الأشياء والزيادة فيما بينهما لا تصلح * قال مالك والمقارض أيضا بهذه المنزلة لا يصلح اذا دخلت الزيادة فى المساقاة أو المقارضة صارت اجارة وما دخلته الاجارة فانه لا يصلح ولا ينبغى أن تقع الاجارة بأمر غرر لا يدرى أيكون أم لا يكون أو يقل أو يكثر

الحائط سقاه قبل ذلك باشهر رواه أشهب عن مالك فى العتبية ووجه ذلك انه يأخذ منه قيمة سقيه فقد باعه الثمرة قبل بدو صلاحها * قال القاضى أبو الوليد وان ألغاه فعندى انه يجوز

(فصل) وقوله ولا ينبغى أن يأخذ المساقى من رب الحائط شيأ من الأشياء يزيدانه كما لا يزداد صاحب الحائط من العامل شيأ كذلك لا يزداد العامل من صاحب الحائط شيأ وانما تنعقد المساقاة على ان العمل عوض عن حصته من الثمرة وانما يجوز أن يزداد أحدهما من الاجرة مما لا يلزمه بعقد المساقاة يسير العمل فى الثمرة فاما ما ازداد من غير ذلك فلا يجوز قليله ولا كثيره لان ازدياد صاحب الحائط من العمل يخرجه الى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وازدياد العامل من صاحب الحائط يخرجه الى أن يقارن عقد المساقاة عقد اجارة وذلك غير جائز لتنافيهما ولو جازت الاجارة فى الأشجار لما جازت فيها المساقاة ووجه آخر وهو ان الاجارة ينافيها الغرر والمساقاة لا تصح الا فيما فيه الغرر فلم يجز اجتماعهما كالاجارة والجعل ص ﴿قال مالك فى الرجل يساقى الرجل الارض فيها النخل أو الكرم أو ما يشبه ذلك من الأصول فتكون فيها الأرض البيضاء قال مالك اذا كان البياض تبعا للاصل وكان الاصل أعظم ذلك أو أكثره فلا بأس بمساقاته وذلك أن تكون النخل الثلثين أو أكثر ويكون البياض الثلث أو أقل من ذلك أو أكثر ان البياض حينئذ تبع للاصل﴾ ش قوله ان البياض مع النخل فى المساقاة انما يصح اذا كان تبعا للنخل وهو أن يكون الثلث من الجملة والنخل ثلثيها فحينئذ يكون البياض تبعا للنخل فان كان البياض أكثر من الثلث لم يجز وقد ذكر فى المدونة ابن القاسم فى النخل يكون تبعا للبياض فى الكراء انه لم يبلغ به الثلث فى احدى الروايتين وعلى هذا ان قصر على الثلث جاز أن يكون تبعا قولا واحدا أو ما كان أزيد من الثلث لم يجز ذلك فيه قولا واحدا وأما الثلث فاختلف قوله فيه فمرة جعله فى حيز اليسير الذى يكون تبعا ومرة جعله فى حيز الكثير الذى لا يكون تبعا وجه القول الاول ان كل موضع جعل الثلث فيه حدا بين ما يجوز وبين ما لا يجوز فانه من جملة ما يجوز كالوصية وهبة الزوجة ووجه القول الثانى ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال الثلث والثلث كثير (مسئلة) وحكم ما لا تجوز المساقاة فيه مع ما تجوز المساقاة فيه حكم الارض البيضاء مع النخل وقد قال مالك فى الموازية لا بأس أن يساقى الحائط وفيه من الموز ما فيه تبع قدر الثلث فأقل قال محمد ويكون بينهما على سقاء واحد ولا يلغى لاحدهما (فرع) وفيما راعى الثلث من البياض الظاهر من أقوال أصحاب مالك ان ذلك فيما يلغى وفيما شرط على حكم المساقاة وقال ابن عبدوس انما راعى أن يكون تبعا للثمرة كلها اذا كان بينهما فاما اذا ألغى فانما راعى فيه أن يكون تبعا لحصة العامل خاصة وجه قول ابن عبدوس ان ما صار للعامل يجب أن يكون تبعا للحصة اذا لم يلغ (مسئلة) وصفة اعتبار ذلك أن ينظر الى كراء الارض فكأنه خمسة دنانير والى غلة النخل على المعتاد من حالها ويسقط من ذلك قدر الانفاق على الثمرة فان بقى من ذلك عشرة دنانير أضيفت الى كراء الارض فيكون خمسة عشر فيجوز ذلك لأن كراء الارض تبع ولو بقى من قيمة الثمرة ثمانية دنانير لم يجز لأن الخمسة اذا أضيفت الى ثمانية كانت أكثر من ثلث الجملة (مسئلة) فاذا قلنا يجوز فى البيع ويجوز الغاؤه للعامل فهذا ان عمل العامل حتى تكمل المساقاة فهو له على حسب ما ألغى له وان خرج من الحائط بجائحة أصابته وقد زرع العامل فقد روى ابن أشرس عن مالك عليه كراء البياض ولو عجز عن عمل الحائط فقد روى على بن زياد عن مالك عليه كراء الارض بكراء مثله (مسئلة) وان كان البياض بينهما فقد قال ابن القاسم

* قال مالك فى الرجل يساقى الرجل الأرض فيها النخل والكرم أو ما أشبه ذلك من الاصول فيكون فيها الأرض البيضاء قال اذا كان البياض تبعا للاصل وكان الأصل أعظم ذلك أو أكثره فلا بأس بمساقاته وذلك أن تكون النخل الثلثين أو أكثر ويكون البياض الثلث أو أقل من ذلك وذلك أن البياض حينئذ تبع للاصل

انما يجوز ذلك على سقاء الحائط ولا يجوز على غير ذلك وقاله أصبغ وقال أصبغ أيضا اذا كانت المساقاة على النصف وشرط للعامل ثلاثة أرباع البياض جاز وجه قول ابن القاسم ان المساقاة اذا انعقدت بجزأين مختلفين لم يجز كالحائطين أو بعض أنواع الشجر ووجه قول أصبغ الثانى ما احتج به لأنه يجوز أن يكون له جميع البياض وهو مخالف لجزء المساقاة فكذلك اذا شرط عليه جزأ أكثر من جزأيه فى المساقاة (مسئلة) ومن أخذ زرعا مساقى قد عجز عنه صاحبه ومعه أرض بيضاء تبعا للزرع ففى الموازية ان ذلك يجوز منه ما يجوز من البياض مع الاصول ووجه ذلك انه تبع للاصل تصح فيه المساقاة كالذى مع النخل (مسئلة) وان ساقى زرعا عجز عنه صاحبه وفيه نخل تبع للزرع فانه يجوز أن يساقى ذلك مساقاة واحدة قاله ابن القاسم فى المدونة وقال فى الموازية وكذلك اذا كان الزرع تبعا للنخل (فرع) اذا قلنا بجواز ان يجمع النخل والزرع فى المساقاة فاذا كانت النخل تبعا للزرع لم تجز المساقاة على مذهب ابن القاسم الا بشرط أن يعجز صاحب الزرع عنه واذا كان الزرع تبعا للنخل جازت المساقاة وان لم يعجز عن الزرع قاله ابن المواز (مسئلة) وهل يجوز الغاء النخل التى هى تبع للزرع للعامل قال ابن القاسم فى المدونة انه بخلاف البياض مع النخل ولا يجوز الغاء ذلك للعامل وكذلك الزرع الذى هو تبع للشجر كأصناف من الشجر لا يجوز أن يلغى صنف منها للعامل وروى ابن وهب عن مالك ان ذلك يجوز أن يلغى للعامل وحده واذا كان تبعا كمكترى الدار فيها نخل هى تبع ولا يجوز أن يكون بينهما وعلى هذا يجوز أن تلغى المؤن للعامل اذا كانت تبعا للحائط ص ﴿ قال مالك اذا كانت الارض البيضاء فيها نخل أو كرم أو ما يشبه ذلك من الاصول فكان الاصل الثلث أو أقل والبياض الثلثين أو أكثر جاز فى ذلك الكراء وحرمت فيه المساقاة وذلك أن من أمر الناس أن يساقوا الاصل وفيه البياض وتكرى الارض وفيها الشئ اليسير من الاصل أو يباع المصحف أو السيف وفيهما الحلية من الورق بالورق أو القلادة أو الخاتم فيهما الفصوص والذهب بالدنانير ولم تزل هذه البيوع جائزة يتبايعها الناس ويبتاعونها ولم يأت فى ذلك شئ موصوف موقوف عليه اذا هو بلغه كان حراما أو قصر عنه كان حلالا والامر فى ذلك عندنا الذى عمل به الناس وأجازوه بينهم أنه اذا كان الشئ من ذلك الورق أو الذهب تبعا لما هو فيه جاز بيعه وذلك أن يكون النصل أو المصحف أو الفصوص قيمته الثلثان أو أكثر والحلية قيمتها الثلث أو أقل ﴾ ش قوله فى الارض البيضاء يكون فيها يسير النخل الثلث فأقل يجوز ذلك فى الكراء أصل ذلك جواز ذلك اذا كانت ثمرة النخل الثلث وقد منع منه فى المدونة فروى ابن القاسم عن مالك انه يجوز فى اليسير وأبى أن يبلغ به الثلث فلم يختلف قول مالك فى يسير الغلة مع الارض فى الكراء وانما يختلف قوله فى تحديد ذلك اليسير فمرة يجعل الثلث فى حيز اليسير ومرة يجعله أول الكثير وما قصر عنه فهو من جملة اليسير وقد تقدم ذكر ذلك والله أعلم

(فصل) وقوله وحرمت فيه المساقاة يحتمل أن يريد به انها تحرم فى الجملة من البياض والنخل وأما اذا أفردت النخل بالمساقاة فلا بأس بذلك لأنه لا يجوز أن يفرد بالكراء وقد جوز مالك المساقاة فى النخلة الواحدة والنخلتين

(فصل) وقوله وذلك من أمر الناس أن يساقوا الارض وفيها البياض وتكترى الارض وفيها اليسير من الاصل يريد أن هذا أمر شائع دون نكير لأن الضرورة اليه عامة لتعذر انفصال الارض من الشجر والشجر من الارض غالبا وحاجة الناس الى الاستنابة فى عملها فاجازت اجارته كانت

* قال مالك واذا كانت الأرض البيضاء فيها نخل أو كرم أو ما يشبه ذلك من الاصول فكان الأصل الثلث أو أقل والبياض الثلثين أو أكثر جاز فى ذلك الكراء وحرمت فيه المساقاة وذلك ان من أمر الناس أن يساقوا الأصل وفيه البياض وتكرى الأرض وفيها الشئ اليسير من الأصل أو يباع المصحف أو السيف وفيهما الحلية من الورق بالورق أو القلادة أو الخاتم فيهما الفصوص والذهب بالدنانير ولم تزل هذه البيوع جائزة يتبايعها الناس ويبتاعونها ولم يأت فى ذلك شئ موصوف موقوف عليه اذا هو بلغه كان حراما أو قصر عنه كان حلالا والأمر فى ذلك عندنا الذى عمل به الناس وأجازوه بينهم أنه اذا كان الشئ من ذلك الورق أو الذهب تبعا لما هو فيه جاز بيعه وذلك أن يكون النصل أو المصحف أو الفصوص قيمته الثلثان أو أكثر والحلية قيمتها الثلث أو أقل

فيه الاجارة وان كان فيه اليسير مما لا تجوز فيه الاجارة وما جازت مساقاته كانت فيه المساقاة وان كان فيه اليسير مما تجوز فيه المساقاة

(فصل) وقوله ولم يأت في ذلك شئ موصوف موقوف عليه اذا هو بلغه كان حراما أو قصر عنه كان حلالا يريد انه لم يرد في ذلك من جهة الشرع حد يبين ما يجوز منه وما لا يجوز وانما هذا التحديد باجتهاد العلماء في فعلهم الثلث في حيز التبع للثلثين أو في حيز ما لا يجوز ذلك فيه والله أعلم

(مسئلة) ومن اكترى دارا فيها نخل ثمرتها تبع لكراء الدار فتهدمت الدار في نصف السنة فقد روى عيسى عن ابن القاسم وأبو زيد عن ابن القاسم لو كانت الثمرة قد طابت وكانت تبعا لما سكن فهو للمكترى وعليه ثلثا الكراء ان كانت فيه الثمرة الثلث فان لم تطب فهي لصاحب الدار على المكترى ثلث الكراء قال يحيى بن عمر وكذلك لو طابت الثمرة وليست بتبع لما سكن فهى لصاحب الدار وقد فسد فيها البيع وقال محمد بن المواز الثمرة راجعة الى صاحبها طابت أو لم تطب ووجه القول الاول انها اذا طابت وكانت تبعا لما سكن فانما وقع الفسخ من العقد فيما لا يؤثر في بيع الثمرة لأنه لو أفرد بيع الثمرة بما صح من الكراء لجاز ذلك فكذلك في مسئلتنا مثله ووجه القول الثاني ان الثمرة قد تبعت ما فسخ من التبايع كما تبعت ما جاز منه فلما فسخ ما هي تبع له انفسخ البيع لانه لا يجوز افرادها بالبيع واذا فسد بعضها لذلك فسد جميعها

﴿ الشرط في الرقيق في المساقاة ﴾

ص ﴿ قال مالك ان أحسن ما سمع في عمال الرقيق في المساقاة يشترطهم المساقي على صاحب الأصل انه لا بأس بذلك لانهم عمال المال فهم بمنزلة المال لا منفعة فيهم للداخل الا أنه تخف عنه بهم المؤنة وان لم يكونوا في المال اشتدت مؤنته وانما ذلك بمنزلة المساقاة في العين والنضح ولن تجد أحدا يساقي في أرضين سواء في الأصل والمنفعة احداهما بعين واثنة غزيرة والأخرى بنضح على شئ واحد لخفة مؤنة العين وشدة مؤنة النضح قال وعلى ذلك الأمر عندنا قال والواثنة الثابت ماؤها التي لا تغور ولا تنقطع ﴾ ش قوله في عمل الرقيق في المساقاة انه لا بأس أن يشترطهم العامل على صاحب الأصل يريد الرقيق الذين كانوا عمال الحائط وقت المساقاة وقد قال مالك في المدونة انه لا يجوز لصاحب الحائط أن يشترط اخراجهم اذا كانوا فيه يوم المساقاة ولكن لو أخرجهم قبل ذلك ثم دفع الحائط مساقاة لم يكن بذلك بأس فعلى هذا انما يكون اشتراط العامل لهم على وجه رفع الالباس على حسب ما قال ان من استأجر راعيا يرعى له غنمه سنة انه يجب أن يشترط أن الغنم ان ماتت كان عليه أن يرعى له مثلها وهذا لو لم يشترطه لكان هذا حكمه ويحتمل أيضا أن يكون على وجه اقرار رب الحائط له بانهم في حائطه عند عقد المساقاة وقد روى عيسى عن ابن القاسم في العامل يجهل فلا يستثني ما في الحائط من دواب ورقيق ويقول صاحب الحائط انما ساقيتك بغير دواب ولا رقيق انهما يتحالفان ويتفاسخان قال الشيخ أبو محمد انظر هذا وهو لا يجوز عنده اخراج دوابه فقد صار مدعيا لما لا يجوز * قال القاضي أبو الوليد ومعنى المسئلة عندي على أصل ابن القاسم أن يجهل العامل فلا يقر صاحب الحائط على انهم في الحائط يوم المساقاة ولا يشهد عليه بذلك ويعتقد انهم في الحائط وانهم له بمجرد العقد على الواجب في ذلك ثم اختلفوا فقال صاحب الحائط لم يكونوا في الحائط يوم العقد وقال العامل بل كانوا فيه فانهما يتحالفان ويتفاسخان وقد روى ابن مزين رواية عيسى عن ابن

﴿ الشرط في الرقيق في المساقاة ﴾

* قال يحيى قال مالك ان أحسن ما سمع في عمال الرقيق في المساقاة يشترطهم المساقي على صاحب الأصل انه لا بأس بذلك لأنهم عمال المال فهم بمنزلة المال لا منفعة فيهم للداخل الا أنه تخف عنه بهم المؤنة وان لم يكونوا في المال اشتدت مؤنته وانما ذلك بمنزلة المساقاة في العين والنضح ولن تجد أحدا يساقي في أرضين سواء في الاصل والمنفعة احداهما بعين واثنة غزيرة والاخرى بنضح على شئ واحد لخفة مؤنة العين وشدة مؤنة النضح قال وعلى ذلك الأمر عندنا قال والواثنة الثابت ماؤها التي لا تغور ولا تنقطع

القاسم فقال يتحالفان ويتفاسخان الآن بعضي رب الحائط الرقيق فتلزم المساقاة الى أجلها وهذا يدل على صحة العقد على حسب ما قلناه وقد اختلف أصحابنا في أصل هذه المسئلة واطلاق عقد المساقاة فقال عيسى بن دينار وابن نافع في المدنية لا يكون الرقيق والدواب للعامل الا بالشرط والعقد لازم صحيح وفي الواضحة ان ما في الحائط من الاجراء والدواب والدلاء والحبال والاداة من حديد وغيره مما يكون فيه يوم السقاء يستعين به العامل وان لم يشترطه وقال محمد بن المواز ان اشترط ذلك رب الحائط لم يجز واحتج عيسى لقوله بان لصاحب الحائط أن يقول لو اشترطتهم على ما ساقيتك الا على أقل من هذا الجزء وهذا يقتضي ان له أن يساقيه على اخراج الرقيق والدواب وقول ابن القاسم مبني على أن ذلك لا يجوز وقد احتج له بما تقدم (فرع) فاذا قلنا لا يجوز لصاحب الحائط أن يشترط اخراجهم فان شرط رب الحائط اخراج من فيه من الرقيق والدواب ففي الموازية ان عمل على هذا فللعامل أجر مثله وروى عيسى عن ابن القاسم في المدنية له مساقاة مثله قال محمد بن المواز قد كان يقوله ثم رجع الى أجر مثله وأما لو اتفقا على انهم كانوا في الحائط يوم العقد فان صاحب الحائط ان ادعى انه قد شرط اخراجهم لم يخل من ثلاثة أحوال إما أن يوافقه العامل على ذلك فيفسد العقد فيفسخ قبل العمل ويرد بعد العمل الى أجر مثله واما أن ينكر العامل ويدعي انه قد شرط ابقاءهم فالقول قول العامل وكذلك لو لم يدع العامل شيأ أكثر من انه أنكر الشرط لانه يدعي الصحة وصاحب الحائط يدعي الفساد ولو أقر صاحب الحائط انه لم يشترط شيأ وادعى انه اعتقد اخراجهم لم ينظر الى ما ادعاه وكانوا للعامل والله أعلم (مسئلة) ولو كان في الحائط اجراء فأجرتهم على صاحب الحائط ووجه ذلك ان الحائط انما أخذه العامل مساقاة على صفته التي هو عليها حين العقد وانما يكون على تلك الصفة بعمل العمال من الرقيق والاجراء والدواب فلا يجوز اخراج شيء من ذلك عنه كما لا يجوز أن يدفع اليه حائطه مساقاة ويستثني ماءه الذي يسقى وحي به (مسئلة) ومن مات من الرقيق والاجراء والدواب ممن هو لصاحب الحائط فعليه خلف ذلك قاله مالك في المدونة زاد في غيرها وان لم يشترط العامل ذلك عليه ووجه ذلك أن بقاءهم في الحائط شرط في صحة المساقاة فلا يجوز أن يخلو وقت من أوقات المساقاة منهم فلا يتعلق العقد بأعيانهم الا مع بقائهم فان عدموا لزم صاحب الحائط الاتيان بعوضهم ولم يكن ذلك بمنزلة العبد المستأجر بعينه على الخدمة فان الاجارة تبطل بموته والفرق بينهما على وجهين أحدهما أن يكون العقد انما يكون يقع على عمل في ذمة صاحب الحائط ولكن تعين لهؤلاء الاجراء والعمال والدواب بالتسليم واليد كالذي يكترى راحلة مضمونة ثم يسلم احدى رواحله الى الراكب فانه ليس له أن يبدلها والثاني أن يتعين الرقيق والدواب بالعقد ويكون على صاحب الحائط خلف ذلك ان تلف بمقتضى العقد لان عمل الرقيق ليس بمقصود بالعقد والعقد ثابت بموت من مات منهم فلذلك لزم العوض فيهم (فرع) وهذا اذا كان الأجير مستأجرا لجميع العام وان كان مستأجرا لبعضه فلم أر فيه نصا وعندي ان عليه أن يعوض منه من يتم العام لانه لو مات للزمه ذلك فكذلك اذا انقضت مدة اجارته ولا يمنع ذلك صحة العقد لان عمل الأجير في الحائط متعلق بذمة صاحب الحائط أو بمعنى ما يتعلق بذمته (مسئلة) ولو استعمل ما في الحائط من الحبال والدلاء والآلة حتى خلق ولم تكن فيه منفعة فعلى العامل خلف ذلك ولو سرق ذلك لكان على صاحب الحائط خلفه بمنزلة الرقيق والدواب لتلك وقد رأيته لبعض العلماء من شيوخنا وقد قيل فيه غير هذا ان على صاحب الحائط خلف ذلك في الوجهين والأول عندي أظهر (مسئلة) ونفقة الاجراء والرقيق والدواب على

العامل دون صاحب الحائط بخلاف الأجرة ووجه ذلك ان الأجرة معنى لزم رب الحائط قبل عقد المساقاة وكذلك أثمان الدواب والرقيق وليس كذلك النفقة عليهم فانها معنى طرأ بعد عقد المساقاة وبه يتم العمل فكان ذلك على العامل لان جميع العمل الطارئ عليه (مسئلة) ولو شرط النفقة على صاحب الحائط لم يجز ذلك من الواضحة والموازية لان النفقة الطارئة بعد العقد على العامل

(فصل) وقوله لانهم عمال المال فهم بمنزلة المال لا منفعة فيهم للداخل الا بتخفيف العمل يريد انهم كانوا عمال المال قبل ذلك الى حين العقد فظهور المال وقوته وكثرة عمارته انما كان بعملهم ولهم فيه تأثير فكانوا بمنزلة الماء الذي به صلاح الحائط ونماؤه فلا يجوز لذلك اخراجهم من المال لان ذلك بمنزلة السقي وسائر ما يتصل الانتفاع به ولما كانت المساقاة تختلف بما آثره العامل في الحوائط فاذا قوى الحائط بالعمل وضعف بقلته كما يقوى بالسقي ويضعف بعدمه وتختلف رغبة العامل فيه بحسب اختلاف ذلك لم يجز اخراج الرقيق كما لا يجوز الاستمساك بالماء (فرع) وهذا اذا كان الرقيق والدواب في الحائط حين المساقاة وأما لو أخرجهم قبل ذلك لصحت المساقاة على استمساك صاحب الحائط لهم ومتى يكون اخراجهم يبيح الاستمساك لهم لم أر فيه نصا محررا

(فصل) وقوله ولن تجد أحدا يساقي في أرضين سواء في الأصل والمنفعة أحدهما بعين واثنة غزيرة والأخرى بنضح على شيء واحد يريد ان الارضين اذا تساوتا في طيب الارض وقوة النخل وكثرة غلتهما الا ان احداهما سقيها نضح مأمون غزير لا يتكلف عمل في اخراجه والسقي به والثانية سقيها نضح يتكلف فيه المؤنة يأخذهما نسقا واحدا في عقدين الا أن يأخذ أحدهما بمكان الآخر في عقد واحد وذلك مما يدل على ان لخفة العمل وشدته تأثيرا مقصودا في المساقاة فلا يجوز أن يشترط منه الا ما كان عليه الحائط يوم المساقاة لان في اشتراط غير ذلك على العامل عملا لصاحب الحائط بعمله العامل في غير الحائط وفي اشتراط ذلك على صاحب الحائط اشتراط كثير العمل عليه وذلك كله غير جائز ومما يبين ذلك ويوضحه أن صاحب الحائط لو عمل في الحائط أقل السنة أو أكثرها ثم ساقاه على أن يعطيه العامل قيمة ما عمل في ذلك العام لم يجز ذلك فاشتراط العمال الذين في الحائط بمنزلة اشتراط قيمة ما عمل فيه وذلك كله غير جائز

(فصل) وقوله الواثنة الثابت ماؤها التي لا تغور ولا تنقطع الرواية المشهورة عن يحيي وغيره الواتنة بالتاء المعجمة بنقطتين وقال أبو عبيد في الغريب الواتن الدائم وفي الحديث أما تيماء فعين جارية وأما خيبر فماء واتن ولم يذكر واثنا بالثاء المعجمة بثلاث نقط وحكى صاحب العين الواثن المقيم بالثاء بثلاث نقط ولم يذكر واتنا بالتاء المعجمة بنقطتين فعلى هذا تصح الروايتان وأما ابن عمر فقال واتنة ولم يذكر التفسير ص ﴿ قال مالك وليس للمساقي أن يعمل بعمال المال في غيره ولا أن يشترط ذلك على الذي ساقاه ﴾ ش قوله وليس للمساقي أن يعمل بعمال الحائط في غيره يريد من وجد في الحائط من الرقيق فاشترطهم حين العقد أو وجب له ذلك بمجرده فانه ليس له أن يستعملهم في غير ذلك الحائط يريد من حوائطه التي يملكها أو حائط رجل أجنبي اتخذها مساقاة أو عمل فيها بأجرة وأما ان كان الرقيق للعامل فله أن يستعملهم حيث شاء ويستبدل بهم كيف شاء لانه انما عليه العمل في الحائط على صفة معلومة فعليه أن يأتي بها على كل حال ويعمل من شاء

(فصل) وقوله ولا أن يشترط ذلك على الذي ساقاه يريد انه لا يجوز له أن يفعل ذلك بغير شرط في العقد فان فعل منع من ذلك ولا يفسد العقد ولا يتغير شيء منه ولا يجوز أن يشترط ذلك زاد في الواضحة ويفسد هذا الشرط المساقاة لان اشتراط الزيادة فيها ينافي صحتها (فرع) فان شرط ذلك وفسدت

* قال مالك وليس للمساقي أن يعمل بعمال المال في غيره ولا أن يشترط ذلك على الذي ساقاه

المساقاة وفاتت بالعمل فقياس قول ابن القاسم أن يرد الى أجرة مثله ص ﴿قال مالك ولا يجوز للذى ساقى أن يشترط على رب المال رقيقا يعمل بهم فى الحائط ليسوا فيه حين ساقاه اياه﴾ ش قوله لا يجوز للذى ساقى أن يشترط على رب المال رقيقا ليسوا فى الحائط يريد أن يشترط عملهم فى حائط المساقاة لان ذلك ازدياد يزداده العامل على رب الحائط مما يلزم العامل ولا يجوز أن يشترط منه ماله قيمة لان المساقاة مبنية على مساقاة ازدياد أحد المتساقيين على ما يقتضيه مطلق العقد ومطلق العقد يقتضى جميع العمل على العامل والأصل فى ذلك ما روى نافع عن ابن عمر ان اليهود سألت النبى صلى الله عليه وسلم ليقرهم على أن يكفوا العمل ولهم نصف الثمر فقال لهم النبى صلى الله عليه وسلم نقركم بها على ذلك ما شئنا ولاننا قد قدمنا انه لا يجوز اشتراط صاحب الحائط اخراج من فى الحائط من الرقيق والدواب فبأن لا يجوز للعامل اشتراط من ليس فى الحائط أحرى وأولى (فرع) وقد جوز مالك أن يشترط العامل من ذلك التافه اليسير قال فى المدونة كالعبد والدابة قال ابن القاسم وغيره وذلك فى الحائط الكبير فان كان الحائط صغيرا لم يجز ذلك عندى لانه يشترط عليه حينئذ جميع العمل ووجه الجواز فى الحائط الكبير لانه يجوز لكل واحد من المتساقيين أن يشترط على صاحبه اليسير مما يلزمه عمله كما يشترط صاحب الحائط على العامل سد الحظار والنفقة اليسيرة فى الظفيرة والقف (فرع) فاذا قلنا بجواز أن يشترط الغلام والدابة فان من حكم ذلك أن يشترط بقاءه فى الحائط مدة المساقاة وان مات أخلف ذلك رب الحائط قاله ابن القاسم فى المدونة وقال فى العتبية ولو لم يشترط ذلك لم يجز ولو شرط رب الحائط أن لا يخلفه فقد قال فى الواضحة لا يجوز ذلك ووجه ذلك ما فيه من الغرر لان ما عقدا باق لا يبطل بموت الغلام فاذا لم يكن عليه خلفه فقد اشترط عمله مدة مجهولة وذلك غير جائز (مسئلة) ولا يجوز أن يشترط على صاحب الحائط غلامه معه قاله ابن القاسم فى المدونة وقال سحنون اذا كان الحائط كبيرا يجوز اشتراط الغلام فيه جاز اشتراط عمل رب الحائط فيه وجه قول ابن القاسم ان من حكم المساقاة أن يكون الحائط بيد العامل كالقراض وعمل رب الحائط يمنع من ذلك ووجه قول سحنون ان هذا اشتراط عمل عامل واحد فى حائط كبير فجاز ذلك كما لو اشترط عمل أجير (فرع) فان قلنا بقول ابن القاسم فعمل على ذلك ففى المدونة يرد الى مساقاة مثله وقال ابن المواز يرد الى اجارة مثله ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن مالكا قد أجاز اشتراط عمل الدابة والغلام فأشار بذلك الى أنه مكروه من أجل اليد وانه ليس من الحرام لما جوز ذلك ما هو فى معناه ووجه قول ابن المواز انه مساقاة تزيل يد العامل فردت الى الاجارة كما لو شرط صاحبه بقاء الحائط فى يده ص ﴿قال مالك ولا ينبغى لرب المال أن يشترط على الذى دخل فى ماله بمساقاة أن يأخذ من رقيق المال أحدا يخرجه من المال وانما مساقاة المال على حاله الذى هو عليه قال فان كان صاحب المال يريد أن يخرج من رقيق المال أحدا فليخرجه قبل المساقاة أو يريد أن يدخل فيه أحدا فليفعل ذلك قبل المساقاة ثم يساقى بعد ذلك ان شاء﴾ ش قوله لا ينبغى لرب المال أن يشترط على العامل اخراج أحد من رقيق المال يريد ان حكم المساقاة ابقاء من كان من خدام المال يوم المساقاة لان المساقاة انما تكون فيه على حاله الذى هو عليه يوم العقد لان بعمل العمال صار على الصفة التى يتراضيان عليها وباخراج المعين عن الحائط نقص عن تلك الصفة فصارت بمنزلة استثناء شئ من الحائط الذى يعمل فى جملته وقد جوز ذلك ابن نافع وقد تقدم ذكره

(فصل) وقوله وان كان صاحب المال يريد أن يخرج من الرقيق أحدا فليخرجه أو يدخل فيه أحدا فليدخله قبل المساقاة ثم يساقى على ذلك ان شاء يريد ان له أن يخرج الرقيق منه أو يدخل

* قال مالك ولا يجوز للذى ساقى أن يشترط على رب المال رقيقا يعمل بهم فى الحائط ليسوا فيه حين ساقاه اياه * قال مالك ولا ينبغى لرب المال أن يشترط على الذى دخل فى ماله بمساقاة أن يأخذ من رقيق المال أحدا يخرجه من المال وانما مساقاة المال على حاله الذى هو عليه قال فان كان صاحب المال يريد أن يخرج من رقيق المال أحدا فليخرجه قبل المساقاة أو يريد أن يدخل فيه أحدا فليفعل ذلك قبل المساقاة ثم يساقى بعد ذلك ان شاء

قال ومن مات من الرقيق أوغاب أومرض فعلى رب المال أن يخلفه

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
(كتاب كراء الأرض)
﴿ ماجاء فى كراء الأرض ﴾

* حدثنا يحيى عن مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن حنظلة بن قيس الزرقى عن رافع ابن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع قال حنظلة فسألت رافع بن خديج بالذهب والورق فقال أما بالذهب والورق فلا بأس به * وحدثنى مالك عن ابن شهاب انه قال سألت سعيد بن المسيب عن كراء الأرض بالذهب والورق فقال لا بأس به * وحدثنى مالك عن ابن شهاب انه سأل سالم بن عبد الله عن كراء المزارع فقال لا بأس بها بالذهب والورق قال ابن شهاب فقلت له أرأيت الحديث الذى يذكر عن رافع بن خديج فقال أكثر رافع ولو كان لى مزرعة أكريتها

فيه من غير رقيقه من لم يكن فيه العدد الكثير الذى لا يجوز أن يشترط العامل ممن ليس فى الحائط ص ﴿ قال ومن مات من الرقيق أوغاب أومرض فعلى رب المال أن يخلفه ﴾ ش قوله ومن مات من الرقيق يريد من رقيق الحائط الذين كانوا فيه يوم العقد أوشرط العامل فى العقد فمن لم يكن فيه كالدابة والأجير فى الحائط الكبير فمن مات منهم أوغاب بإباق أومرض فعلى رب الحائط خلفه يريد أن يعوض منه وكذلك كل ما يمتنع من خدام الحائط من العمل لانه اذا انعقدت المساقاة على تخفيف العمل عنه مدة المساقاة ويصح أن يتعلق بأعيانهم ويلزم صاحب الحائط العوض منهم ان تعذر ذلك منهم لان العقد لا يتناولهم لان عملهم ليس بعوض فيه وانما هو مستثنى مما يلزم العامل ويلزم صاحب الحائط أن يأتى بهم وان كان يلزمه فى ذلك من الاجر أكثر من حصته من ثمر ذلك العام بخلاف أرض السقى يغور ماء بئرها بعد الزراعة فان على صاحبها أن ينفق فيها كراء سنة لا زيادة على ذلك وكذلك المساقاة يغور بئر الحائط أو ينهار فان للعامل أن ينفق فى ذلك قيمة حصة رب الحائط من ثمرة ذلك العام لا زيادة على ذلك (فرق) فعلى هذا ما تقدم من ذلك على ثلاثة ضرب ضرب لا يلزم صاحب الحائط والدار أن ينفق فيه قليلا ولا كثيرا كبنيان الدار المكتراة وغور العين للارض المكتراة قبل الزراعة والضرب الثانى يلزم صاحب الحائط أن ينفق فيه منفعة سنة كالنفقة على عين الارض المكتراة أو الحائط المساقى والضرب الثالث يلزمه أن يعيده الى ما كان بلغ ذلك ما بلغ كرقيق حائط المساقى ودوابه والفرق بينه وبين البئر والعين ان الرقيق والدواب من جنس ما يلزم العامل الاتيان به من عمل الحائط وانما لزم بقاؤهم فى الحائط لسقى الحائط على صفته التى كان عليها ثم على العامل عمل ما زاد على ذلك فاذا زالوا من الحائط لم يكن العامل عمل ما زاد على عملهم مع عدم عملهم وكان ذلك بمنزلة صاحب العلو والسفل يلزم صاحب السفل أن يبنى أو يبيع ممن يبنى لتمكن صاحب العلو من عمله لانه لا يمكنه العمل دون أن يبنى صاحب السفل فيلزمه اعادة عمله على ما كان بالغا ما بلغ وليس كذلك ماء العين فليس من جنس ما يلزم العامل الاتيان به فاذا لم يكن تعلق به حق العامل لم يلزم صاحب الحائط الاتيان به ليستوفى للعامل منفعة واذا تعلق به حق العامل بالعمل والزراعة فى اكتراء الارض ولم يتعلق اصلاح ذلك بذمته وانما تعلق بما لصاحب الارض فى ذلك (مسئلة) ومن أدخله العامل فى الحائط من غلام أو أجير أو دابة فتعذر عليه بموت أو غيبة أو مرض فعلى العامل عوضه لان المساقاة انعقدت على أن عليه ذلك العمل فى جميع مدة المساقاة

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
(كتاب كراء الأرض)
﴿ ماجاء فى كراء الأرض ﴾

ص ﴿ مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن حنظلة بن قيس الزرقى عن رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع قال حنظلة فسألت رافع بن خديج بالذهب والورق فقال أما بالذهب والورق فلا بأس به * مالك عن ابن شهاب أنه قال سألت سعيد بن المسيب عن كراء الأرض بالذهب والورق فقال لا بأس به * مالك عن ابن شهاب أنه سأل سالم بن عبد الله عن كراء المزارع فقال لا بأس بها بالذهب والورق قال ابن شهاب فقلت له أرأيت الحديث الذى يذكر عن رافع بن خديج فقال أكثر رافع ولو كان لى مزرعة أكريتها ﴾ ش قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع عام فى كل ما تكرى به الا ما خصه الدليل فأبى من ذلك المنع

فى الجملة ذهب طاوس فى أحد قوليه وذهب فقهاء الأمصار الى تجويز ذلك ووجهه ان الراوى للمنع باللفظ العام لم ينقل لفظ النبي صلى الله عليه وسلم وانما أخبره عنه وهو الذى أخبر بأن ذلك مقصور على غير الذهب والورق ومن جهة المعنى انه لو لم يجز استئجارها لمنفعتها المقصودة لجازت المساقاة فيها كالنخل ولما لم تجز المساقاة فيها جاز استئجارها كالدواب وسائر ما يستأجر

(فصل) وقول حنظلة فسألت رافع بن خديج بالذهب والورق فقال أما بالذهب والورق فلا بأس به يقتضي اباحة ذلك بالذهب والورق وقد ذهب الى اباحته بغير الذهب والورق مالك وفقهاء الأمصار غير ربيعة فانه منعه بغير الذهب والورق والدليل على مانقوله ان ما جاز استئجاره بالذهب والورق جاز استئجاره بالحيوان والثياب كالرواحل فاذا ثبت ذلك فانه يجوز استئجاره بكل ماليس بمطعوم ولا ثابت فى الأرض على مذهب مالك ورواية ابن القاسم عنه وقد تقدم ذكر ما لاصحابنا وغيرهم فى ذلك من الاختلاف بما لا يليق بهذا المختصر

(فصل) وقول ابن شهاب لسالم وقد قال له يجوز كراؤها بالذهب والورق رأيت الحديث الذى يذكر عن رافع بن خديج يريد قوله نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كراء المزارع ويتناول عموم ذلك المنع من كرائها بذهب وورق وغيره فقال له سالم أكثر رافع يريد انه روى من النهى ما منع منه وما لم يمنع وان النهى انما توجه الى منفعة بغير الذهب والورق لكن رواه بلفظ العموم أونقل اللفظ على ما سمعه ولم ينقل معه ما يمنع حمله على العموم من العرف والعادة أوما يوجب التخصيص ويدل عليه

(فصل) وقوله ولو كانت لى مزرعة أكريتها على معنى تجويز الكراء فى الجملة لا على معنى تجويز أكرائها بكل عوض وانما يقتضي ذلك انه يرى اكتراءها جائزا فى الجملة ثم ينظر فى العوض الذى روى عنه أنه جوز ذلك بالذهب والورق وسكت عن اكترائها بغير ذلك وقد روى نافع عن عبدالله بن عمر كان يكرى مزارعه على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم وصدرا من امارة معاوية ثم حدث رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع فذهب ابن عمر الى رافع وذهبت معه فسألته فقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن كراء المزارع فقال ابن عمر قد علمت أنا كنا نكرى مزارعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما على الأربعاء وشئ من التبن وروى ابن شهاب عن سالم بن عبدالله أن عبدالله بن عمر قال كنت أعلم فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الارض تكرى ثم خشى عبدالله أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قد أحدث فى ذلك شيأ لم يكن علمه فترك اكتراء الارض فقال ابن عمر لرافع ابن خديج قد علمت انا كنا نكرى مزارعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما على الأربعاء وبشئ من التبن ليس فيه ان النبي صلى الله عليه وسلم علم به فأقره بل هو نفس المنهى عنه والمتفق عليه على المنع منه وقد روى رافع بن خديج عن عمه انهم كانوا يكرون الارض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما نبت على الأربعاء أوشئ يستثنيه صاحب الارض فنهانا النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقد تناول نهى النبي صلى الله عليه وسلم ما كان ابن عمر يفعله الاان ابن عمر لم يكن علم بنهيه عن ذلك قال الليث فى هذا الحديث وكان الذى نهى عنه من ذلك ما لونظر فيه ذو الفهم بالحلال والحرام لم يجزه لما فيه من المخاطرة وقد بين علة ذلك رافع بن خديج من رواية يحيى بن سعيد عن حنظلة الزرقى عن رافع قال كنا أكثر أهل المدينة حقلا وكنا نكرى الارض بالناحية منها مسماة لسيد الارض فمما يصاب ذلك وتسلم الارض ومما تصاب الارض ويسلم ذلك فنهاهم النبي صلى

الله عليه وسلم ولعل ابن عمر لما بلغه نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك امتنع منه وجوزه بالذهب والورق على ماجوزه ابنه سالم ويحتمل أن يكون امتنع منه جملة لما خشي أن يكون حدث من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك منع عام والله أعلم ص ﴿ مالك انه بلغه ان عبد الرحمن بن عوف تكارى أرضا فلم تزل في يديه بكراء حتى مات قال ابنه فما كنت أراها الالنا من طول مامكثت في يديه حتى ذكرها لنا عند موته فأمرنا بقضاء شئ كان عليه من كرائها ذهب أو ورق قال مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه كان يكرى أرضه بالذهب والورق ﴾ ش قوله ان عبد الرحمن بن عوف كان يكاري أرضا فلم تزل في يديه حتى مات يحتمل انه كان اكتراها مساناة وذلك بان يكريها منه بدينار في كل عام ولا يحد في ذلك أعواما ولكنه يطلق فيها القول وهذا عند مالك جائز ومنع منه الشافعي وقال هو باطل والدليل على مانقوله ماروى ابن عمر ان اليهود سألوا النبي صلى الله عليه وسلم أن يقرهم على ان يكفوا العمل ولهم شطر الثمرة فقال نقركم على ذلك ماشئنا وهذا نص في موضع الخلاف ومن جهة المعنى ان ماجاز العقد على واحد منه غير معين جاز العقد على جملة منه غير مقدرة كما لو قال اشترى منك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانما يلزم منها لكراء مامضى وللمكترى أن يخرج متى شاء ولصاحب الارض أن يخرجه متى شاء رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية لان عدم التقدير في الكراء ينافي اللزوم ولانه لو لزم لتأبد وذلك مناف للكراء ولا يلزم منه الاوجيبة واحدة في المشهور من المذهب وهذا اذا قال كل شهر بدرهم أو كل سنة بدرهم أو في السنة بكذا أو في الشهر بكذا رواه عيسى عن ابن القاسم عن مالك وروى في كتاب محمد أو الشهر وفي الواضحة لمطرف وابن الماجشون وروايتهما عن مالك انه اذا قال كل شهر أو الشهر أو في الشهر بكذا فالشهر الاول لازم ومازاد على ذلك فلكل واحد منهما نقضه في أول الشهر كان أو آخره وجه رواية ابن القاسم انه شهر لم يتعين الا كتعيين غيره فيجب أن لا يكون لازما كالثاني ووجه رواية ابن الماجشون ان ماقدر به الكراء أقل مايجب لزومه بالعقد لان العقد مقتضاه اللزوم ومازاد على ذلك فلم يتناوله اللزوم ولانه زائد على ماقدر به الكراء (فرع) فان نقده الكراء فقد لزمهما مقدار مانقده منه لان النقد قد قطع ماحمله اللفظ من الخيار وأخرجه الى اللزوم في ذلك القدر ولو اكترى منه سنة معينة على أن يخرج متى شاء جاز (مسئلة) ولو عقد الكراء باني قد اكتريت هذه الارض سنة أو هذه الدار شهرا فهو جائز لكون المدة من وقت الكراء ويكون ذلك بمنزلة التعيين للسنة وان كانت دارا ففي المدونة ان اكتراها سنة ولم يسم متى سكنها فان ذلك جائز فان اكتراها بعد مضي عشرة أيام من السنة فانه يحسب بقية هذا الشهر الذي ذهب بعضه ثم يحسب أحد عشر شهرا بعده بالاهلة ثم يتم على الأيام الاولى شهرا ثلاثين يوما فيكون من هذا العام شهر واحد على الأيام واحد عشر شهرا بالاهلة وأما ان كانت أرضا فان كانت من الارض التي تزرع العام كله فيها البقول والخضر فيصح أن يكترى مشاهرة ومساناة وان كانت خالية من الزرع فأول سنها من يوم العقد وان كان فيها خضرة أو زرع فمن وقت تخلو وآخر عامها على ذلك على مثل ماتقدم من الدور الا أن يكون لاهل بلد عرف في الكراء بالشهور العجمية في الارض فيكون اطلاق الكراء يقتضي ذلك وان كانت من الارض التي انما تزرع مدة كارض النيل وما أشبهها فاول سنتها وقت زراعتها ووقت الزرع للحرث ان كانت أرضا يقدم لها الحرث وآخر عامها على ماقاله في المدونة رفع الزرع فان بقي من العام شهر أو شهران ومالا ينتفع فيه بالزرع فليس للمكترى أن يحرث فيها زرعا الا بكراء مؤتنف ولا يحط عنه لما بقي شئ ولربها حرثها لنفسه وليس للمكترى

* وحدثني مالك انه بلغه أن عبد الرحمن بن عوف اتكارى أرضا فلم تزل في يديه بكراء حتى مات قال ابنه فما كنت أراها الالنا من طول مامكثت في يديه حتى ذكرها لنا عند موته فأمرنا بقضاء شئ كان عليه من كرائها ذهب أو ورق * وحدثني مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه كان يكرى أرضه بالذهب والورق

منعه لانه مضار ولو زرعها المكترى وهو يعلم ان الوجيبة تنقضى قبل تمام زرعه بالأيام والشهر فربها مخير ان شاء حرث أرضه وأفسد زرعه وان شاء أقره وأخذ بالأكثر من كراء المثل وبحساب كراء الوجيبة قاله ابن حبيب ووصف ذلك كله انه منعه من الزراعة لانقضاء عامه (فرع) فان كانت من الارض التى تزرع العام كله وأتى آخر العام وللمكترى فيها زرع أو بقل فقد قال مالك ليس لصاحب الارض قلعه وزرعه ولا يقلعه ويترك ذلك حتى يتم ولرب الارض كراء مثل أرضه على حساب ما كان اكتراها منه واختلف شيوخنا فى تأويل هذا اللفظ فقال بعض أهل بلدنا ان ظاهر اللفظ انه متضاد لان كراء مثل أرضه مفهومه ما يساوى أرضه كان ذلك أقل من حساب ما اكترى أو أكثر وقوله على حساب ما كان اكتراها يقتضى الاعتبار بما تقدم من عقدهما سواء كان ذلك أقل من كراء مثلها أو أكثر قال ولكن له فى المسئلة قولان أحدهما كراء المثل والثانى له كراء من حساب ما كان اكترى وقال بعض القرويين قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والصحيح عندى من ذلك ان معنى هذا الكلام ان عليه كراء مثل تلك المدة لان أوقات السنة يختلف فى كثرة الكراء وقلته ولذلك قال مالك ليس كراؤها فى الشتاء والصيف واحدا فكراء مثل أرضه انما أراد من الأرض التى تستعمل السنة كلها فيعتبر كراؤها فى مثل ذلك الوقت من السنة ولكنه على حساب ما اكترى فان اكتراها منه بعشرة دنانير وتلك المدة وان كانت شهرا واحدا لحصته من كراء السنة الربع لرغبة الناس فيه واخر وقت الغلة فيكون عليه ديناران ونصف وانما جاز له أن يعتبر بما عقد عليه من الكراء كان أكثر من كراء المثل أو أقل وان كانت المدة خارجة عن العقد لانه زرع فى وقت كان له العمل لانها مدة قد استحقها بالكراء ولا فائدة لها الا الزرع فلذلك أسندت المدة المستقبلة الى هذه الاولى لانها بسببها ثبتت ولولا ذلك لكانت مدة تعد وظلم يكون لصاحب الأصل فيها كراء المثل أو يأمره بقلع ما زرع وهذا موضع الخلاف فان الغير يقول لم يكن للمكترى أن يزرع حين لم يبق له من شهوره مدة يتم فيها زرعه فاذا زرع فقد تعدى فى بقية المدة فعليه كراء المثل الا أن يكون أقل مما يجب له على حساب ما مضى فعليه الأكثر لانه راض اذا عملها بحساب ما مضى وفى الواضحة أن المكترى أرض المساقاة قبل أن يعمد الى انقضاء الوجيبة فجاز ذلك بأيام أو شهر فله كراء ذلك على ما ذكرناه يريد الأكثر من كراء المثل أو على حساب ما كان اكترى وان علم انه لا يبلغ تمامه الا بالوجيبة بأمر بعيد فلرب الأرض أن يقلع أو يترك وله الأكثر من كراء الوجيبة أو كراء المثل فقال فى أول المسئلة له أن يعمد الى انقضاء الوجيبة ثم حكم فى ذلك بحكم المنع وانما تحقق القول على مذهبه أن له أن يعمد ما يتيقن ان ورقته تتم قبل انقضاء الوجيبة ولو تبايعا عند الزراعة لوجب أن تكرى الأرض ويكون لكل واحد منهما من الكراء بقدر ماله من المدة (مسئلة) ولو اكترى أرضا سنين فغرسها فانقضت المدة وفيها شجر المكترى فان لصاحب الأرض أن يأخذها بقيمتها مقلوعة أو يأمر المكترى بقلعها ولو انقضت المدة وفيها زرع لم يكن لصاحب الأرض أن يأخذه بقيمته ولا أن يأمره بقلعه والفرق بينهما ان الزرع له أمر يكمل فيه وتخلو الأرض منه فلذلك كان لصاحبه أخذه لانه مما ينقل ويحول والشجر أصل ثابت فلو لزم بقاؤه فى الأرض لاستحق صاحبه الأرض بغير عوض ولخرج عن حكم الكراء الذى مقتضاه أن ينقضى بانقضاء أمد الى حد الاستحقاق فى الثمرة المؤبرة ولو كان فى الشجرة ثمرة مؤبرة لم يخل أن تكون مؤبرة أو غير مؤبرة فان كانت غير مؤبرة فقد قال غير واحد من القرويين ان كانت الشجرة غير مؤبرة

أجبر المكترى على قلع شجره وان كانت مؤبرة لم يجبر على قلعه وكان له ابقاؤها حتى تتم ثمرتها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الأرض على ضربين مأمونة وغير مأمونة فأما المأمونة فهى أرض النيل قال مالك وليس أرض المطر عندى بينا كبيان أرض النيل وان كانت لا تكاد تخلف فالنقد جائز خلافا لعمر بن عبد العزيز فى أرض النيل والدليل على مانقوله ان الغالب من منافعها الاستيفاء فجاز الكراء فيها كسكنى الدور قال مالك وأصحابه وكذلك أرض الآبار والأنهار لانها لاتكاد تخلف الا فى الغب (مسئلة) وأما أرض المطر فان كانت لاتخلف فقد قال مالك لابأس به والنيل أبين وبه قال ابن عبد الحكم وأصبغ وابن الماجشون وقد قيل لهما ان أرض الأندلس أرض مطر ولاتكاد تخلف فقالوا لاينعقد فيها حتى يأتيها المطر الذى يحرث عليه ولاينتظر بها الرواء بخلاف أرض النيل * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والذى عندى ان معنى المأمونة عند مالك أن تكفيها سقية واحدة تروى بها كأرض النيل فأما أرض المطر فلا يكفيها الا المطر المتكرر ولو أراد أن المأمونة هى التى لاينقطع عنها السقى بوجه لم تكن أرض النيل بمأمونة فانه قد ينقطع عنها السقى كما ينقطع المطر عن أرض المطر لكنها تفارقها لما قدمناه (مسئلة) وأما الأرض التى ليست بمأمونة فلايجوز النقد فيها بشرط عند العقد خلافا لأبى حنيفة والشافعى والدليل على مانقوله انه لما كانت منفعتها المقصودة منها لاتتم الا بالمطر لم يجب له كراء الأرض الا مع المطر ولما كان عدمه معتادا لم يجز النقد لان بعدم المطر يجب رده فيكون تارة كراء ان نزل المطر وتارة سلفا ان عدم المطر (فرع) فان نقد بشرط فقد روى فى العتبية حسين بن عاصم فيمن اكترى أرضه عشر سنين وهى أرض مطر وانتقد فان لم تكن مأمونة فهى كراء وسلف يفسخ مالم يفت فان حرثها لقليب أو زرع فذلك فوت ويقاصه بكراء سنة بعينها من سائر السنين من الثمن الذى قبض ويرد مابقى ووجه ذلك انه ان كان نقده بشرط لم يجز لانه سلف جر منفعة وان نقده بغير شرط فقد أطلق اللفظ فى المسئلة والأظهر الجواز وان كان بشرط ذلك فهو عقد فاسد فيفسخ مالم يفت فان فات بالعمل لزمه بكراء المثل فيقاصه كما تقدم فى كراء سنة معينة لانه فيها ولايقضيه غيرها او يترك ذلك دينا عليه يأخذ به منفعة أرض فيؤدى الى فسخ دين فى دين (مسئلة) فان أطلق العقد فى كراء الارض فتى يلزم النقد رأيت لأبى محمد عبد الحق أن كراء الارض على ثلاثة أوجه فأما أرض المطر فلايلزمه أن ينقد حتى يتم زرعه وأما أرض النيل والمأمونة من المطر فينقده اذا رويت وأما أرض السقى التى تزرع بطونا فينقده عند ابن القاسم عند تمام كل بطن ماينوبه وعند أشهب عند ابتداء كل بطن ماينوبه ولافرق بين الاول والثانى عندهما * قال القاضى أبو الوليد ويحتاج هذا الى تأمل فانه قد ذكر فى المدونة انه لايصلح النقد فى أرض المطر الا بعد ماتروى وتمكن من الحرث وهذا لايجوز أن يريد الا غير المأمونة فان المأمونة يصلح النقد فيها قبل أن تروى ولكنه لعله أراد فى مسئلة المدونة الرى المبلغ وعلى ذلك تصح المسئلة وانما يلزم النقد فى أرض النيل اذا رويت لأنها انما تروى مرة واحدة وبها يتم الزرع فما كان من أرض المطر هذا حكمه فهى المأمونة عند مالك وما كان توالى المطر عليها معتاد الا يكاد أن يخلف لكنه يحتاج الى تتابعه فى اتمام الزرع فلايلزم النقد بنفس الرى الاول وانما يلزم النقد بالرى المبلغ وأما أرض الخضر التى تزرع بطونا فقد قال أشهب يلزمه أن ينقد أول كل بطن ماينوبه وقال ابن القاسم ينقد عند تمام كل بطن ماينوبه وان كانت من الارض التى يكفيها أول سقية لتمام البطن

فهى التى أراد أشهب لأنها بمنزلة أرض النيل اذا قصد بها الزرع وان كان يحتاج الى متابعة السقى فهى التى عناها ابن القاسم وسواء كان الماء من عين أو بئر وهى التى تشبه السكنى ووجه ذلك ان الارض اذا كان ما زرع فيها يتم بأول رى لزم النقد مع وجوده لأن الذى على صاحب الارض انما هو فى أرضه فقد قبض ذلك المكرى الارض اذا جعلناها قابضة فلزمه النقد وان كانت تحتاج الى توالى المطر وتتابعه فلم يقع الاستيفاء فيه فلم يلزم النقد وأما اشتراط الكراء فقد تقدم انه يجوز فى الارض المأمونة من النيل والسيح أو المطر على أى وجه كان أمانها عند العقد وأما أرض المطر التى يتخلف مطرها فلا يجوز اشتراط قبض ذلك عند العقد (مسئلة) فاذا وقع العقد على الجائز من ترك اشتراط النقد فتى ينقد فقد قال مالك لا يصلح النقد فيها الا اذا رويت وذلك ينقسم قسمين فان كانت من أرض النيل فاذا قبض الارض وقدر ويت لزمه عند ابن القاسم نقد الكراء وان كانت من الارض التى لا يتم زرعها الا بالمطر أرض نيل كانت أو أرض مطر فانه لا ينقده الكراء حتى يتم وقال غيره اذا كانت مأمونة السقى وجب الكراء نقدا فوجه قول ابن القاسم ان الكراء انما يجب بتمام المنفعة وذلك انما يكون بالرى المبلغ ووجه قول الغير ان المنافع المتيقنة والتى ظاهرها والغالب فيها امكان القبض بمنزلة المقبوضة

(فصل) وأما اكتراء الارض فان كانت مأمونة فانه يجوز عقد الكراء قبل ابان الحرث وتكرى العشر سنين وأكثر ما لم يكثر ذلك فان كانت غير مأمونة كأرض المطر التى تروى مرة وتعطش أخرى فاجاز ابن القاسم اكتراءها قبل ابان الحرث اذا لم ينقد وقال غيره لا تكترى الا قرب الحرث مع وقوع المطر والرى ويكون مبلغا له أو لأكثره مع رجاء وقوع غيره ولا يجوز اكتراؤها أكثر من سنة واحدة وجه قول ابن القاسم أن عقد الكراء لا يمنع منه مخافة فوات المقصود التمكن من تسليم العين وانما يمنع من صحته تعذر تسليم العين فان ما يؤثر مخافة فوات المقصود من تعجيل النقد ووجه قول الغير ما احتج به من انه لا فائدة فى هذا العقد قبل وقت العمل الا مجرد التحجير على صاحب الارض من البيع وغيره فوجب أن يكون ممنوعا منه وقول ابن القاسم أظهر (مسئلة) وقد قال مالك فى المدونة لا أحب لأحد أن يتكارى أرضا لها ماء ليس فى مثله ما يكفى زرعه قال ابن القاسم وانما كرهه من وجه الغرر والفرق بينه وبين أرض المطر أن هذا انما يدخل من الماء على قدر ما يرى فان كان فيه ما يبلغ زرعه والا فلا شئ له غيره وأرض المطر ان لم يأت من المطر ما يبلغ زرعه والا سقط عنه الكراء قال ولو تكاريا على انه لم يكفه ما رأى من الماء رجع عليه بالكراء فانه أيضا خطأ ولأن صاحب الأرض لو علم أن ذلك الماء يتم به الزرع لم يكره بأمثال ذلك يريد ان الماء معلوم وانما تخاطرا فى تمام الزرع به أم لا وأما المطر فانه غير معلوم وانما يكترى على التبليغ ولا يعلم المكترى من حال المطر الا ما يعلمه المكترى فلم يكن ذلك من وجه الخطر المانع صحة العقد وهذا كبيع الآبق الذى لا يتيقن تسليمه أو بيع المهر الصعب المطلق فانه لا يجوز بيعه وان شرط انه لم يستطع قبضه رد اليه الثمن والله أعلم (مسئلة) ومن اكترى أرضا ليزرعها شعيرا فان أراد أن يزرع فيها حنطة فقد قال ابن القاسم فى المدونة ان أراد أن يزرع فيها ما مضرته مضرة القمح أو أقل جاز له ذلك وان أراد أن يزرع فيها ما مضرته أشد من مضرة القمح لم يكن له ذلك ووجه ذلك أن ما تستوفى به المنافع فى الاجارات لا يتعين وانما تتعين العين التى يستوفى منها المنافع وجنس العين التى يستوفى بها كحمل الراحلة وانما تتعين الراحلة ويتعين جنس الحمل ليمتنع ما هو أضر منه ولا يمتنع

المكترى مما هو مثله (فرع) فان زرعها ما ضرره أكثر من الشعير فلربها كراء الشعير وقيمة الزيادة بالضرر قاله القاضى أبو محمد وقال الشافعى له كراء المثل ودليلنا على ذلك انه تناول من المنفعة زيادة على القدر المعقود عليه فلربه بقدر ما زاد مع ما عقد به أصل ذلك اكتراء دابة من بغداد الى حلوان فيتعدى بها الى الرى فان له الاجرة من بغداد الى حلوان وكراء المثل من حلوان الى الرى (مسئلة) ومن اكترى أرضا سنين للزرع لها بئر أو عين فذهب ماؤها فان لم يكن له زرع انفسخ الكراء وليس له أن ينفق فى اصلاح ذلك كراء عامه ذلك ولا غيره قاله محمد بن المواز وعبد الملك بن حبيب وغيرهما ووجه ذلك انه لا يلزمه استدامة الكراء لعدم ما اكترى من الماء الذى تتم به المنفعة المقصودة كما لو اكترى دارا ليسكنها فانهدم بناؤها وليس له على صاحبها اصلاحها لانه لم يزرع فيها بعد فلم يتلف له الا مالا يترك الانفاق فيها قال ابن المواز فان أنفق فيها المكترى فهو مصدق ثم لا يلزم ذلك ربها الا أن يشاء فيؤدونه نقدا وان حبسه فى الكراء جاز قال ابن المواز فان أنفق فيها المكترى فهو مصدق ثم لا يلزم ربها ذلك ولم يكن دينا بدين (مسئلة) وان كان قد زرع الأرض فلا يخلو أن يكون فى كراء السنة الأولى ما يصلح به ما فسد من الماء أو لا يبلغ ذلك فان لم يبلغه فسخ الكراء بينهما قاله أبو محمد بن المواز وقال عبد الملك بن حبيب يقال للمكترى أنفق ما زاد على أن رب المال مخير عليك بعد الوجيبة فى أن يأمرك بقلع مالك فيه من خشب أو حجر أو يعطيك قيمته وكلاهما يؤول الى معنى واحد لأن معنى قول ابن المواز المكترى لم يرد أن ينفق ما زاد على كراء السنة فاحتاج الى الزيادة ومعنى قول ابن حبيب انه أراد ذلك وبدأ بالانفاق وهو يظن بلوغ المراد على كراء السنة فاحتاج الى الزيادة (مسئلة) فاذا زرع لزم رب الارض العمل بكراء أول عام سواء انتقد أو لم ينتقد فان كان انتقد وأعدم به ففى المواز يه قيل للمزارع أنفقه من مالك سلما لك ان شئت ووجه ذلك أنه لما تعلق هذا الحق بانفاق هذا العام اختص به فان كان الكراء باقيا عند الزارع أنفقه وان كان عند صاحب الأرض لزمه انفاقه فان أعدم به كان لصاحب الأرض أن يسلفه اياه ويتبعه به فى ذمته (مسئلة) ويعلم كراء ذلك العام بتقويم السنين ان كانت تختلف فينفق ما يصيب هذا العام وهو مذهب مالك فى المدونة قال محمد بن المواز يخرج من كراء الأرض لثلاث سنين ثلث الكراء ان اكتراه بالذهب أو الورق وان كان مؤخرا ولا يقوم العين وان كان عرضا فانما يخرج فيه كراء تلك السنة من الصفقة على أن يقبض الى أجله كالو بيع (مسئلة) ولو أحب الزارع أن لا ينفق وسقط عنه الكراء فذلك له قاله مالك ووجه ذلك ان الحق ثبت له بالزراعة فكان له الخيار فى اقتضائه أو تركه وأما صاحب الارض فحاله قبل الزراعة أو بعده سواء (مسئلة) فان زرع وذهب بالعين أو البئر قبل تمام الزرع فهلك الزرع بذهاب الماء فلا كراء لصاحب الأرض فان كان أخذ الكراء لزم صاحب البئر أو العين رده وان كان لم يأخذه فذلك عن الزارع موضوع ولو هلك بعضه وكان قد حصد شيأ له قدر ومنفعة أعطى من الكراء بحساب ذلك وان لم يكن له قدر ولا منفعة لم يكن لرب الأرض من الكراء شئ قاله مالك فى المدونة (مسئلة) ولو كانت من أرض المطر فقد قال مالك فى المدونة ان لم يأته من المطر ما يتم به زرعه فلا كراء عليه ولو كثر المطر فقتل الزرع فان كان فى ابان الحرث وفى وقت لو انقطع وزال الماء أمكنه أن يريد زراعتها فلم ينكشف الماء حتى مضت أيام الزراعة فلا كراء عليه لانه بمنزلة أن تغرق الأرض قبل الزراعة فيها فالكراء لازم قاله ابن القاسم وبعضه عن مالك (مسئلة) ولو غرقت الأرض بعد ابان الزراعة فقد قال مالك

ان زرع فجاءه برد فأذهب زرعه فان الكراء عليه وكذلك ان أصابه جراد أو جليد وغرقت الأرض فى غير ابان الزراعة فتلف الزرع ص ﴿ قال يحيى وسئل مالك عن رجل أكرى مزرعته بمائة صاع من تمر أو مما يخرج منها من الحنطة أو من غير ما يخرج منها فكره ذلك ﴾ ش وهذا على ما تقدم انه لا يجوز كراء الارض بالحنطة لانها مما يخرج منها وكذلك سائر المطعومات ولا بأس أن تكرى الارض بأرض أخرى خلافا لابى حنيفة فى قوله لا يجوز ذلك الا أن تكون المنافع من جنسين والدليل على ما نقوله أنهما منفعتان يجوز عقد الاجارة على كل واحدة منهما فجاز العقد على احداهما بالاخرى كما لو كانا من جنسين

﴿ بسم الله ارحمن ارحيم ﴾

(كتاب القراض)

﴿ ماجاء فى القراض ﴾

ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أنه قال خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب فى جيش الى العراق فلما قفلا مرا على أبى موسى الاشعرى وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ثم قال بلى ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به الى أمير المؤمنين فأسلفكماه فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال الى أمير المؤمنين ويكون الربح لكما فقالا وددنا ذلك ففعل وكتب الى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال فلما قدما باعا فأربحا فلما دفعا ذلك الى عمر قال أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما قالا لا فقال عمر بن الخطاب ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما أديا المال وربحه فأما عبد الله فسكت وأما عبيد الله فقال ما ينبغى لك يا أمير المؤمنين هذا لو نقص المال أو هلك لضمناه فقال عمر أدياه فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا فقال عمر قد جعلته قراضا فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال ﴾ ش قوله رضى الله عنه ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به الى أمير المؤمنين فأسلفكماه لم يرد بذلك احراز المال فى ذمتهما وانما أراد منفعتهما بالسلف ومن مقتضاه ضمانهما المال وانما يجوز السلف لمجرد منفعة السلف لانه لمحض الرفق فاذا قصد المسلف منفعة نفسه دخل الفساد فاذا أسلف رجل رجلا مالا ليدفعه بغير ذلك البلد وقصد به منفعة المتسلف خاصة فهو جائز لاختصاصه بمنفعة المتسلف فان أراد رده اليه حيث لقيه ببلاد السلف أو غيره من البلاد التى يؤمر فيها أجبر المسلف على قبضه لان تأخير المسلف به الى بلد آخر دفعه خاصة فاذا أراد أن يعجله لزم المسلف قبضه كالاجل (مسئلة) فان أراد المسلف منفعته بالسلف بأن يقصد احراز ماله فى ذمة المتسلف الى بلد القضاء كالسفاتج التى يستعملها أهل المشرق فالمشهور من مذهب مالك ان ذلك غير جائز وروى أبو الفرج جواز السفاتج ولعله أراد ما لم يقصد المسلف منفعة نفسه والأظهر منعها اذا قصد المسلف المنفعة التى قدمنا ذكرها (مسئلة) وسواء كان المسلف صاحب المال أو غيره ممن له النظر عليه من امام أو قاض أو وصى أو أب فلا يجوز للامام أن يسلف شيأ من مال المسلمين ليحرزه فى ذمة المتسلف وكذلك القاضى والوصى فى مال

* وسئل مالك عن رجل أكرى مزرعته بمائة صاع من تمر أو مما يخرج منها من الحنطة أو من غير ما يخرج منها فكره ذلك

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب القراض)

﴿ ماجاء فى القراض ﴾

* حدثنى مالك عن زيد ابن أسلم عن أبيه انه قال خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب فى جيش الى العراق فلما قفلا مرا على أبى موسى الأشعرى وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ثم قال بلى ها هنا مال من مال الله أريد أن أبعث به الى أمير المؤمنين فأسلفكماه فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال الى أمير المؤمنين ويكون الربح لكما فقالا وددنا ذلك ففعل وكتب الى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال فلما قدما باعا فأربحا فلما دفعا ذلك الى عمر قال أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما قالا لا فقال عمر بن الخطاب ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما أديا المال وربحه فأما عبد الله فسكت وأما عبيد الله فقال ما ينبغى لك يا أمير المؤمنين هذا لو نقص المال أو هلك لضمناه فقال عمر أدياه فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا فقال عمر قد جعلته قراضا فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال

اليتيم وقد نص على ذلك أصحابنا فى مسئلة القاضى ووجه ذلك ان مالا يجوز للانسان فى مال نفسه من الارتفاق فانه يجوز له فى مال يلى عليه كالسلف بزيادة (فرع) فان وقع السلف لما ذكرناه فسخ فى الأجل والبلد وأجبر المتسلف على تعجيل المال وأجبر المسلف على قبضه وبطل الاجل به ذلك كله كالبيع بأجل على وجه فاسد فانه يصح معجلا

(فصل) اذا ثبت ذلك فان فعل أبى موسى الاشعرى هذا يحتمل وجهين أحدهما أن يكون فعل هذا على ماذكرناه لمجرد منفعة عبد الله وعبيد الله وجازله ذلك وان لم يكن الامام المفوض اليه لان المال كان بيده بمنزلة الوديعة لجماعة المسلمين فاستسلفه وأسلفهما اياه وسيأتى بيان أحكام الوديعة فى الأقضية ولو تلف المال ولم يكن عند عبد الله وعبيد الله وفاء لضمنه أبو موسى والوجه الثانى أن يكون لأبى موسى النظر فى المال بالتثمير والاصلاح فاذا أسلفه كان لعمر بن الخطاب الذى هو الامام المفوض اليه تعقب فعله فتعقبه ورده الى القراض

(فصل) وقول عمر أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما قالا لا تعقب منه لافعال أبى موسى ونظر فى تصحيح أفعاله وتبيين لموضع المحظور منه لانه لا يخفى على عمر ان أبا موسى لم يسلف كل واحد من الجيش مثل ذلك وانما أراد أن يبين لابنيه موضع المحاباة فى موضع فعل أبى موسى فلما قالا لا أقرا بالمحاباة فقال ابنا أمير المؤمنين فاسلفكما يريد ان تخصيصهما بالسلف دون غيرهما انما كان لموضعهما من أمير المؤمنين وهذا انما كان يتورع منه عمر أن يخص أحدا من أهل بيته أو ممن ينتمى اليه بمنفعة من مال الله لمكانه منه وكان عمر رضى الله عنه يبالغ فى التوقى من هذا ولذلك قسم لعبد الله بن عمر أقل مما قسم لغيره من المهاجرين الأولين وكان يعطى حفصة ابنته مما يصلح الى أزواج النبى صلى الله عليه وسلم آخر من يعطى فان كان نقصان ففى حصتها

(فصل) وقول عمر أديا المال وربحه نقض لفعل أبى موسى وتغيير لسلفه برد ربح المال الى المسلمين واجرائه مجرى أصله قال عيسى بن دينار وانما كره تفضيل أبى موسى لولديه ولم يكن يلزمهما ذلك وعلى هذا قولنا ان أبا موسى استسلف المال وأسلفهما اياه لمجرد منفعتهما وان المال كان بيده على وجه الوديعة وأما اذا قلنا انه بيده لوجه التثمير والاصلاح فان لعمر تعقب ذلك والتكلم فيه والنظر فى ذلك لهما وللمسلمين بوجه الصواب ولم يختلف أصحابنا فى المبضع معه المال يبتاع به لنفسه ويتسلفه ان صاحب المال مخير بين أن يأخذ ما ابتاع به لنفسه أو يضمنه رأس المال لانه انما دفع اليه المال على النيابة عنه فى عرضه وابتياع ما أمره به وكان أحق بما ابتاعه به وهذا اذا ظفر بالامر قبل بيع ما ابتاعه فان فات ما ابتاعه به فان ربحه لرب المال وخسارته على المبضع معه

(فصل) وقوله فأما عبد الله فسكت يريد انه أمسك عن المراجعة برا بأبيه وانقيادا له واتباعا لمراده وأما عبيد الله فراجعه طالبا لحقه واحتج عليه بأن هذا مال قد ضمناه ولو دخله نقص لجبرناه وقول عمر بعد ذلك أديا المال وربحه اعراض عن حجته لان المبضع معه يضمن البضاعة اذا اشترى بها لنفسه وان دخلها نقص جبره ومع ذلك فان ربحها لرب المال

(فصل) وقول الرجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا على وجه ما رآه من المصلحة فى ذلك وان كان عمر لم يسئله الا انه قد جرى على عادته وما عرف من حال عمر واستشارته أهل العلم وكذلك المفتى يجوز أن يبتدىء الحكم بالفتوى اذا علم من حاله استشارته وجرت بذلك عادته والقراض الذى أشار به أحد نوعى الشركة يكون فيهما المال من أحد الشريكين والعمل من الثانى

والنوع الثاني من الشركة أن يتساويا في المال والعمل وسيأتي ذكرها ان شاء الله (مسئلة) وأما القراض فهو جائز لا خلاف في جوازه في الجملة وان اختلف العلماء في صحة أنواعه ووجه صحته من جهة المعنى ان كل مال يزكو بالعمل لا يجوز استئجاره للمنفعة المقصودة منه فانه يجوز المعاملة عليه ببعض النماء الخارج منه وذلك ان الدنانير والدراهم لا تزكو الا بالعمل وليس كل أحد يستطيع التجارة ويقدر على تنمية ماله ولا يجوز له اجارتها ممن ينميها فلولا المضاربة لبطلت منفعتها فلذلك أبيحت المعاملة بها على وجه القراض لانه لا يتوصل من مثل هذا النوع من المال الى الانتفاع به في التنمية الا على هذا الوجه والله أعلم

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه قد جعلته قراضا على سبيل التصويب لما رآه هذا المشير والاخذ بقوله وقوله الاول لم يكن حكما وانما كان اظهارا لما يريد أن يحكم به و يراه في هذه القضية ولو كان على وجه الحكم منه فقد اختلف أصحاب مالك فيه

(فصل) وانما جوز عمر ذلك لان عبد الله وعبيد الله عملا في المال بوجه شبهة وعلى وجه يعتقدان فيه الصحة دون أن يبطلا فيه مقصودا لمن يملكه فلم يجز أن يبطل عليهما عملهما فافردهما الى قراض مثلهما وكان قراض مثلهما النصف فأخذ عمر النصف من الربح وعبد الله وعبيد الله النصف الثاني وبالله التوفيق ص ﴿ مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان بن عفان أعطاه مالا قراضا يعمل فيه على أن الربح بينهما ﴾ ش ان عثمان بن عفان أعطى جد العلاء بن عبد الرحمن مالا قراضا لفظة الاعطاء تقتضي تسليمه اليه وائتمانه عليه وهذه سنة القراض ولو شرطا بقاء المال بيد صاحبه واذا اشترى العامل سلعة وزن واذا باع قبض الثمن لم يجز ذلك ووجه ذلك ان هذا معنى قد أخرجهما عن صورة القراض ومعناه فمنع ذلك صحته لان صورة القراض أن يكون المال بيد العامل ومعناه أن يكون مؤتمنا على المال فاذا أخرج القراض عن ذلك وجب أن يمنع صحته لان ذلك يخرجه عن أن يكون قراضا و يجعله اجارة مجهولة العوض (مسئلة) فان عمل معه بغير شرط فهو ممنوع في الكثير دون اليسير لان الكثير مقصود في نفسه ومن أجله أنفق في القراض على ما أنفق فيه فلذلك أثر في المعاملة وأما اليسير فيما لا يستبد منه الحاضر مثل أن يعينه في شراء سلعة أو ينوب عنه في قبض دراهم يسيرة مما يفعله الانسان لصديقه أو يعين به من يعرفه من غير عوض فكان الأظهر أن القراض لم ينعقد على ما انعقد عليه لاجله (فرع) فان وقع ذلك قال محمد لا يفسخ القراض لكثيره دون شرط ووجه ذلك أن عقد القراض قد سلم من الشرط وليست التهمة فيه بقوية لانه مما لا يكاد يفعل (مسئلة) وان تشارك العامل ورب المال بمال آخر جعله من مال القراض فان ذلك لا يخلو أن يكون شرط في عقد القراض أولا فان كان شرط في القراض فان ذلك غير جائز خلافا للشافعي والدليل على ما نقوله ان هذين عقدان مقتضى أحدهما غير مقتضى الآخر فلم يجز الجمع بينهما في عقد واحد كالصرف والسلم (مسئلة) فان تشاركا بعد عقد القراض فلا يخلو أن يكون قبل العمل أو بعده وقد قال أصحابنا في الاشتراك بعد العمل أقوال مختلفة لم يبينوا اهل ذلك قبل العمل أو بعده فروى ابن المواز عن مالك انه كان يخففه وروى عيسى عن ابن القاسم انه قال ان صح من غير موعد ولا وأي فهو جائز وفي العتبية عن أصبغ قال خير فيه وعن سحنون انه قال هو الربا بعينه وذلك يحتمل وجهين أحدهما ان ذلك اختلاف في أقوالهم فأجازه مالك وابن القاسم ومنعه أصبغ وسحنون وجه قول مالك انه قد سلم عقد القراض من الفساد وذلك أن يعقداه على ما يوجب تصرف

* وحدثني مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان ابن عفان أعطاه مالا قراضا يعمل فيه على أن الربح بينهما

رب المال يتصرف فيه وذلك غير صحيح كما لو عملا عليه وهذا مبني على أن العامل اذا عمل من غير شرط في عقد القراض لعقد صار عملا كثيرا بطل ذلك القراض والوجه الثاني انه يجوز في وقت دون وقت فلا يجوز قبل العمل ويجوز بعده لانه قبل أن يعمل رأس المال على ما كان عليه فهو بمنزلة أن يعقد القراض على ذلك لان هذه حالة لكل واحد منهم ما ترك القراض فيها اذا استدركا في هذه الحالة شرطا بينا في القراض فكأنما شرطاه في عقد القراض وأما اذا عمل العامل بالقراض ولزمهما أمره ولم يكن لاحدهما ابطاله فما التزم من ذلك فليس بمنزلة ما شرط من العقد وانما يجوز ذلك اذا عاد مال القراض الى غير الصفة التي أخذه العامل عليها وذلك مثل أن يكون مال القراض دنانير فيصير دراهم فيشتركان بالدراهم (مسئلة) وأما معونة الغلام فان كان شرط العامل خدمته في المال الكثير الذي يحتاج الى المعونة فيه فاختلف فيه قول مالك في كتاب محمد وهو اجازته ان هذا مال تجوز المعاملة عليه ببعض نمائه الخارج منه فجاز أن يشترط فيه خدمة العبد الواحد اذا كان كثيرا كالمساقاة ووجه الرواية الثانية أن المساقاة تختص بالخدمة ولذلك لا يجوز أن يخرج من الحائط من كان يعمل فيه من الخدام فلذلك جاز أن يشترط فيه الخادم وأما القراض فلا يجوز أن يشترط في الخادم (فرع) فاذا قلنا ان ذلك جائز فالفرق بينه وبين رب المال أن العامل اذا عمل في ماله نظر فيه بالحفظ له وذلك غير جائز كما لو جعل غلامه أو وكيله معه ليحفظ عليه فان ذلك غير جائز وانما يجوز اذا كان بمجرد الخدمة والمعونة ولو أعانه بغلامه من غير شرط فلا بأس بذلك على القولين والله أعلم

(فصل) وقوله على أن الربح بينهما يحتمل وجهين أحدهما أن يكون الربح بينهما على أجزاء اتفقا عليها عند عقد القراض وليس في ذلك حد كالمساقاة (مسئلة) ويجوز أن يكون جميع الربح للعامل أو لرب المال بالشرط هذا هو المشهور من مذهب مالك وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز ذلك ويكون القراض فاسدا الا أن أبا حنيفة يقول اذا شرطا الربح للعامل صار قراضا واذا شرطاه لرب المال صار بضاعة

(فصل) والوجه الثاني أن يقول الربح بينهما ولا يذكرا مقدارا أو يقول اعمل في هذا المال على ان لك في الربح شركا أو شركة فذلك كله جائز وقال محمد بن الحسن اذا قال على ان لك شركة في الربح فهو جائز واذا قال على ان لك شركا فهو قراض فاسد (فرع) فاذا قلنا بجواز ذلك فقد قال ابن القاسم ان عمل على ذلك فهو على قراض مثله وقال غيره له النصف وجه القول الاول ان الشركة لما احتملت النصف وغيره كانت بمنزلة ان لم يذكرا شيأ بينهما وعمل العامل من غير شرط فله قراض المثل وجه القول الثاني ان اطلاق لفظ الشركة يقتضي تساوي الشريكين ولا يعدل عن ذلك الا ببيان فيحمل عند الاطلاق على ظاهره كما لو أقر رجلان أنهما شريكان في هذا المال ثم ادعى أحدهما مزية

﴿ ما يجوز في القراض ﴾
﴿قال مالك وجه القراض المعروف الجائز أن يأخذ الرجل المال من صاحبه على أن يعمل فيه ولا ضمان عليه ونفقة العامل من المال في سفره من طعامه وكسوته وما يصلحه بالمعروف بقدر المال اذا شخص في المال اذا كان المال يحمل ذلك فان كان مقيما في أهله فلا نفقة له من المال ولا كسوة﴾

﴿ ما يجوز في القراض ﴾

ص ﴿ مالك وجه لقراض المعروف الجائز أن يأخذ الرجل المال من صاحبه على أن يعمل فيه ولا ضمان عليه ونفقة العامل من المال في سفره من طعامه وكسوته وما يصلحه بالمعروف بقدر المال اذا شخص في المال اذا كان المال يحمل ذلك فان كان مقيما في أهله فلا نفقة له من المال ولا كسوة ﴾ ش

وهـذا كما قال ان من سنة القراض ماقـدمناه من ان العامل يأخذ المـال القراض ويعمل فيه ولا يكون عليه الضمان وانما هو من ضمان رب المـال ولا خـلاف فى ذلك فان شرط الضمان على العـامل فالعقد فاسد خلافا لأبى حنيفة فى قوله العقد صحيح والدليل على مانقوله ان هذا نقل الضمان عن محله باجماع فاقتضى ذلك فساد العقد والشرط أصـل ذلك اذا باع منه شيأ على البائع ضمانه أبدا ولذلك لو شرط عليه حميلا أو رهنا أو يمينار واه ابن المواز عن ابن وهب قال ويرد الى قراض مثله وباقى الفصل سيرد بيانه بعد هذا ان شاء الله ص ﴿ مالك ولا بأس ان يعين المتقارضان كل واحد منهما صاحبه على وجه المعروف اذا صح ذلك منهما ﴾ ش وهذا كما قال فانه لا بأس بان يعين العامل رب المـال فيما ينفرد به اذا كانت معونته على وجـه المعروف المحض ولم يكن لان المـال بيده وهذا اذا كانت المعونة يسـيرة مع كون المـال الذى يقرضـه بيد صاحبه فاما ان يبضع معه فقـد قال مالك يجوز القليل منه دون الـكثير وكره ابن القاسم ماقل منـه لشرط وجه ماقاله مالك أن اليسير غير مقصود فلا تهمة فيه بخلاف الـكثير الذى ينعقد العقد بسببه ويكون زيادة مقصودة فيه ووجه ماقاله ابن القاسم ان ذكره واشتراطه فى العقد ازدياد فى القراض على العامل وذلك يقتضى كونه مقصودا فيه (فرع) فاذا قلنا برواية مالك فاذا كان ذلك مما لا يحتـمل مال القراض لـكثرته فيحتمـل ذلك العـامل ومال القراض ناض فقد قال مالك لا يجوز ذلك ووجهه انه لما كان لـكل واحـد منهما حل العقد كان ذلك بمنزلة حال العقد وكل شئ يمنع صحـة العقد حال العقد فانه يمنع صحة العقد ما كان رأس المـال باقيا على صفته وان كان رأس المـال قد شغله العامل فى تجارة قال مالك فانه لا يجوز ووجهه ان هذا وقت ليس لرب المال انتزاعه من العامل فتبعد التهمة فيه ويحمل على أن العامل متبرع به والله أعلم (مسئلة) وأما معونة رب المـال للعامل فقـد تقدم الـكلام فيه اذا كان المـال بيد العامل بان أراد العـامل أن يبضع معه شـيأ من مال القراض ص ﴿ مالك ولا بأس بان يشترى رب المـال ممن قارضـه بعض مايشترى من السلع اذا كان ذلك صحيحا على غير شرط ﴾ ش وهذا كما قال انه لا بأس أن يشترى رب المـال من العامل بعض ما ابتاعه من السلع اذا كان ذلك على وجـه الصحة مالم يكن على وجه الهدية لابقاء المـال بيده أو ليتوصل بذلك الى أخذ شئ من الربح قبل المقاسمة وسواء اشترى منه بنقد أو الى أجـل رواه عيسى عن ابن القاسم وذلك اذا كان اشـترى منه بنقد أخرجه من عنده ووجه ذلك انه اشتراها منه بما يتبايع به الناس فقد سلما من التهمة ووجوه الفساد فجاز ذلك بينهما (مسـئلة) فان اشـتراها ليأخذها من القراض ففى كتاب محمد عن ابن القاسم لا خير فيـه (مسـئلة) وان اشـترى العامل من رب المـال سلعا فلا يخلو أن يبتاعها بمـال القراض أو لنفسـه فان ابتاعها منه للقراض بمـال القراض ففى كتاب محمد اختلف فيـه قول مالك فروى عنه عبد الرحيم انه خففه ان صح وروى عنه ابن القاسم كراهيتـه وكذلك الصرف وجه الرواية الاولى انه اذا صح البيع منهما جاز كما لو باع العامل من رب المـال ووجـه رواية ابن القاسم ما يحـذر من تغابن العامل له وزيادته فى ثمن سلعته فيتوصل بذلك الى أخذ منفعة من مال القراض قبـل القسمة وربمـا أثر ذلك فى مال القراض نقصا يحتاج العامل الى جـبره بعمله وان ابتاع العامل لنفسـه فهو جائز قاله ابن القاسم ووجـه ذلك ان التبايع لم يقع فى مال التجارة فلم يؤثر فى ذلك فسـادا فى عقـدها كبايعة الأجنبى (مسـئلة) فان ابتاع العامل من رب المـال بعض سلع القراض فلا يخلو أن يكون ذلك مع اسـتدامة القراض أو مع التفاضل فيه فان كان مع اسـتدامته فانه يجوز نقدا ولا يجوز الى أجل خلافا لليث

*قال مالك ولا بأس بأن يعين المتقارضان كل واحد منهما صاحبه على وجه المعروف اذا صح ذلك منهما * قال مالك ولا بأس أن يشترى رب المال ممن قارضه بعض مايشترى من السلع اذا كان ذلك صحيحا على غير شرط

ويحيى بن سعيد فى تجويزهما ذلك الى أجل والدليل على صحة ماقلناه ان القراض مبنى على التساوى ومباعدة الازدياد من العامل فاذا باع منه سلعا بثمن الى أجل فالظاهر أنه انما اشتراها بزيادة على القسمة فيزداد منه للقراض تلك الزيادة وتكون أيضا مضمونة عليه وذلك خلاف مابنى عليه القراض (مسئلة) وان كان عند التفاضل فيجوز بالنقد وأما بالتأخير ففى العتبية عن مالك أنه قال لاخير فيه وكأنه تحابه ناحية الربا وروى عيسى عن ابن القاسم أن ابتياعه منه بنقد أو بمثل فأقل الى أجل فهو جائز ولا يجوز الى أجل بأكثر من رأس المال وقال ابن حبيب فى واضحته سمعت أصحاب مالك يقولون لابأس به وعمدته ابن القاسم وجه قول مالك أن مابقى من المال عند العامل هو الذى وجب لرب المال من مال القراض فلا يجوز أن يؤخره عنده لزيادة يزدادها منه لأن ذلك مما يشابه الربا لأن الذى له عنده عين فيتركه عنده ليزيده فيه ووجه آخر ان على العامل بيع ذلك العرض وتحصيل ثمنه فاذا باعه منه بثمن الى أجل قويت التهمة فى انه يعطيه الثمن المؤجل فيما بقى بيده من رأس مال القراض وفى عمله ويضمن مع ذلك مالم يأخذه على الضمان ووجه رواية عيسى أنه اذا باعه بمثل رأس المال فأقل ضعفت التهمة واذا كان بأكثر من رأس المال قويت التهمة ووجه رواية ابن حبيب عن أصحاب مالك انه انما يبيع منه ذلك عند التفاضل بعد ان يرضى بأخذه رب المال فاذا جاز بيعه بالنقد جاز بيعه بأجل لأن كل تهمة توجد فيه مع التأجيل توجد مع النقد فاذا لم يمنع ذلك بيعها بالنقد لم يمنع بيعها بالتأجيل ص ﴿ قال مالك فى رجل دفع الى رجل والى غلام له مالا قراضا يعملان فيه جميعا ان ذلك جائز لابأس به لأن الربح مال لغلامه لا يكون الربح للسيد حتى ينتزعه منه وهو بمنزلة غيره من كسبه ﴾ ش وهذا كما قال انه اذا دفع الى عبده مال القراض ورجل آخر ليكون الربح بينهما فانه جائز وهما بمنزلة الاجنبيين فى ذلك والعبد يكون مع العامل على ثلاثة أوجه أحدها أن يكون عاملا معه والربح بينهما والثانى يكون خادما للمال ولا شئ له من الربح والثالث أن يكون أمينا عليه وحافظا له فان كان عاملا فيه والربح بينهما وهما تاجران أمينان فهو جائز خلافا لأبى ثور فى منعه ذلك والدليل عليه انه شريك له فى حفظ المال وربحه والعمل فيه فلم يمنع ذلك صحة القراض كالاجنبى (مسئلة) ومن شرط صحة مقارضة الاثنين أن يتساوى حظهما من الربح فان اختلف ذلك فكان لأحدهما الثلث وللآخر السدس ولصاحب المال النصف لم يجز خلافا لأبى حنيفة والشافعى فى تجويزهما ذلك والدليل على مانقوله مااحتج به ابن القاسم بانهما شريكان بأبدانهما فلا يجوز تفاضلهما فيما يعود نوعه عليهما كالشركة المختصة بالابدان (فرع) وسواء كان أحد العاملين أبصر من الآخر أومثله وكذلك ان كان العامل الاجنبى أبصر من غلامه لأنه ليس من شرط الشريكين فى التجارة تساويهما فى البصر بالعمل الذى اشتركا فيه كالمعلمين والطبيبين (مسئلة) وأما ان كان العبد لخدمة المال فهو جائز اذا كان المال كثيرا يحتاج الى من يخدمه ويعينه وأما ان كان معه من يحفظ المال منه فذلك غير جائز وقد تقدم ذكره

(فصل) وقوله لأن الربح لغلامه لا يكون الربح للسيد حتى ينتزعه منه يريد أن ماأبرزته للغلام القسمة من الربح فهو ملك له ولا يملكه السيد بعد القسمة الا بالانتزاع ولو كانت حصته من الربح للسيد لم يؤثر ذلك فسادا فى القرض من جهة الجهل بالحصة لأنه لو دفع رجل مالا قراضا الى عامل على أى جزء اتفقا عليه جاز ذلك فلا يبطل القراض باضافة حصة أحد العاملين الى حصة رب المال وانما كان يبطل اذا كان العامل تابعا عن رب المال فما كان من ربح له وما كان من عمل فانه ينوب عنه واذا قلنا ان العبد

﴿ قال مالك فى رجل دفع الى رجل والى غلام له مالا قراضا يعملان فيه جميعا أن ذلك جائز لابأس به لان الربح مال لغلامه لا يكون الربح للسيد حتى ينتزعه منه وهو بمنزلة غيره من كسبه

يملك حصته من الربح حتى ينتزعها منه السيد فانما ينوب عن نفسه وعمله له وهو وغيره من العاملين يملكون حصتهم من الربح بالقسمة وكذلك فى المساقاة وهذا المشهور من مذهب مالك و به قال الشافعى وقال أبو حنيفة يملك بالظهور وقد روى ابن القاسم عن مالك مسائل تقتضى ذلك وجه القول الاول ان كان ممن يستحق العمل بالعوض فانه لا يملكه الا بعد الفراغ من العمل والتسليم يدل على ذلك أنه اذا قال له ان خطت هذا الثوب فلك دينار فاننا قد أجمعنا على انه لا يستحق الدينار الا بعد الفراغ والتسليم كذلك فى مسئلتنا مثله ووجه القول الثانى ان هذا أحد الشريكين فوجب أن يملك الربح بظهوره كصاحب المال (فرع) اذا ثبت ذلك فان وجوب الزكاة فى ربح مال القراض مبنى على ذلك فان قلنا ان العامل يملك حصته بالقسمة فان وجوب الزكاة فيه معتبر بحال رب المال فان كان عبدا أو كافرا فلا زكاة فيه وان قلنا انه يملك بظهوره اعتبرنا حاله فى الزكاة بحال العامل والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وهو بمنزلة غير ذلك من كسبه يريد انه فى ملك العبد دون السيد وانما ينتقل الى السيد بالانتزاع وهو مذهب مالك فى ان العبد يملك خلافا للشافعى فى قوله لا يملك العبد والدليل على ما نقوله أن من جاز له أن يطأ بملك اليمين صح منه الملك كالحر

﴿ ما لا يجوز فى القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك اذا كان لرجل على رجل دين فسأله أن يقره عنده قراضا ان ذلك يكره حتى يقبض ماله ثم يقارضه بعد أو يمسك وانما ذلك مخافة أن يكون اعسر بماله فهو يريد أن يؤخر ذلك على أن يزيده فيه ﴾ ش وهذا كما قال انه لا يجوز أن يقر الدين بيد من هو عليه على وجه القراض و يدخله ما قال من الزيادة فى الدين للتأخير به لأنه قد يرضى بالجزء اليسير من أجل بقاء الدين عنده فيفتضح باحضاره ولولا ذلك لما رضى بمثله (مسئلة) والقراض بالدين على وجهين أحدهما انه لا يحضر المال والثانى أن يحضره فان لم يحضره فقد حكى ابن المواز عن مالك ليس له الا رأس ماله وقاله ابن القاسم فى العتبية وجه ذلك ان عقد القراض أدخل الفساد على ما كان يجوز له من تأخيره بالدين فوجب أن يبطل القراض وأن يبقى الدين على حسب ما كان (مسئلة) وان كان أحضر المال فجعله قراضا قبل أن يقبضه رب المال فالمشهور من المذهب انه غير جائز و به قال الشافعى وقال القاضى أبو محمد فيمن غصب دنانير أو دراهم ثم ردها فقال المغصوب منه لا أقبضها ولكن اعمل بها قراضا ان ذلك جائز ويحتمل أن يكون الفرق بينهما أن يكون المغصوب أحضر المال تبرعا فلذلك جوزه وان الذى عليه الدين اتفق معه على احضار الدين ليرده اليه على وجه القراض ولو جاء بدينه متبرعا قاضيا له فتركه عنده قراضا أقام احضاره مقام قبضه بعد المعرفة بجودته و وزنه والدليل على صحة ما ذكرناه من قول أصحابنا فى المنع من ذلك انه ما لم يقبض منه بالانتقاد والوزن فهو فى ذمته فلم يجز القراض به كالذى لم يحضره (فرع) فان نزل فروى ابن القاسم عن مالك انه ليس لرب المال الا رأس ماله وهو فى العتبية من رواية سحنون عن ابن القاسم وروى أشهب فى غير العتبية ان نزل مضى وجه الرواية الاولى ما تقدم من انه دين ثابت فى الذمة قورض به فلم يكن لرب المال غير رأس ماله مضمونا كالذى لم يحضر ووجه قول أشهب ان هذا مال قد حضرت عينه وعلمت براءة من كان عليه منه فاذا رده اليه قراضا فقد أذن له فى قبضه من نفسه فكان ذلك بمنزلة المقبوض منه

﴿ ما لا يجوز فى القراض ﴾ * قال مالك اذا كان لرجل على رجل دين فسأله أن يقره عنده قراضا أن ذلك يكره حتى يقبض ماله ثم يقارضه بعد أو يمسك وانما ذلك مخافة أن يكون أعسر بماله فهو يريد أن يؤخر ذلك على أن يزيده فيه

(مسئلة) وأما الوديعة فاختلف أصحابنا فيها فكره ابن القاسم المقارضة بها حتى تحضر وقال ابن المواز لا بأس به وكرهه ابن حبيب من غير الثقة ولم يكرهه اذا كان المودع ثقة وجه قول ابن القاسم انه لما كان يمكن المودع التصرف فيه على وجه الاقتراض كانت بمنزلة الدين في منع المقارضة بها ولذلك جوزه ابن حبيب في العدل الثقة لانه يوثق بقوله هي عندي لم أتصرف فيها ووجه قول ابن المواز أن يد المودع يد رب المال لانه حافظ له فصح أن يقبضها من نفسه قراضا كما يصح أن يقبضها من رب المال بذلك الوجه (فرع) فان نزل القراض بالوديعة مضى والربح بينهما ويصدق المودع في ضياعه رواه ابن القاسم عن مالك في العتبية ووجه ذلك انها لم تتعلق بالذمة وانما كانت وديعة لصاحبها بيد المودع النائبة عن يده ولو أحضرها لارتفعت الكراهية فيها ولم يختلف في جوازه البقاء عينها وكذلك المرتهن لنفسه أولغيره ص ﴿قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ثم عمل فيه فربح فاراد أن يجعل رأس المال بقية المال بعد الذى هلك منه قبل أن يعمل فيه قال مالك لا يقبل قوله ويجبر رأس المال من ربحه ثم يقتسمان ما بقى بعد رأس المال على شرطهما من القراض﴾ ش وهذا على ما قال ان هلاك بعض المال قبل أن يعمل به لا يغير حكم رأس المال بل هو على ما عقدا عليه وقبض العامل من المال لان القراض على ذلك انعقد بينهما فتى ربح بعد ذلك جبر ما نقص من المال بالربح فان فضلت بعد ذلك الجبر فضلة فلذلك جميع الربح ولو اتفقا بعد النقص على اسقاط ما هلك من رأس المال واستئناف القراض بما بقى منه فقد اختلف أصحابنا في ذلك فالذى رواه ابن القاسم عن مالك انه لا يصح ذلك الا بعد أن يقبض رب المال بقية ماله قبضا صحيحا ثم يدفعه بعد ذلك اليه قراضا مستأنفا وروى ابن حبيب عن مالك وابن الماجشون انهما اذا تحاسبا فاقرا ما بقى بعد الخسارة رأس مال القراض فان ذلك يكون تقاضيا صحيحا وما عقداه من القراض عقدا مستأنفا أحضر المال أو لم يحضره وأما ان كان على وجه الاجبار لا على وجه المفاصلة فان حكم القراض الاول باق ووجه رواية ابن القاسم ان التفاضل في القراض انما يكون بان يقبض رب المال ماله ومالم يوجد ذلك فان ذلك لا يصلح لانه انما قصدا الى أن يزيد العامل في حظه من الربح ما يقتضيه عند القراض من جبر ما تقدم من الخسارة وذلك غير صحيح ولا جائز ووجه رواية ابن حبيب ان المفاصلة تقع في ذلك بالقول دون القبض كسائر العقود ولان العقود اللازمة تفسخ بالقول فبان تفسخ به الجائزة أولى وأحرى ص ﴿قال مالك لا يصلح القراض الا في العين من الذهب أو الورق ولا يكون في شئ من العروض والسلع﴾ ش وهذا كما قال انه لا يجوز القراض بغير الدنانير والدراهم لانها أصول الأثمان وقيم المتلفات ولا يدخل أسواقها تغيير فلذلك يصح القراض بها فأما ما يدخله تغير الأسواق من العروض فلا يجوز القراض به ووجه ذلك انه قد يأخذ العامل العرض قرضا وقيمته مائة دينار فيتجر في المال فيربح مائة فيرده وقيمته مائتان فيصير الربح كله لرب المال ولا يحصل للعامل شئ وقد لا يربح فيرده وقيمته خمسون فيبقى بيده من رأس المال خمسون فيأخذ نصفها وهو لم يربح شيأ (مسئلة) فأما القراض بالفلوس فقد قال ابن القاسم لا يجوز ذلك وروى عن أشهب في الأمهات انه أجاز القراض بها وجه القول الاول ان الفلوس ليست بأصل في الأثمان ولذلك لا تجرى مجرى العين في تحريم التفاضل وبيعها بالعين نسا فلم يجز القراض بها كالعروض ووجه القول الثانى انه لا يتعين بالعقد فصح القراض بها كالدنانير والدراهم (فرع) فاذا قلنا برواية المنع فان وقع ذلك فقد قال ابن المواز له القراض

* قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ثم عمل فيه فربح فأراد أن يجعل رأس المال بقية المال بعد الذى هلك منه قبل أن يعمل فيه * قال مالك لا يقبل قوله ويجبر رأس المال من ربحه ثم يقتسمان ما بقى بعد رأس المال على شرطهما من القراض

* قال مالك لا يصلح القراض الا بالعين من الذهب أو الورق ولا يكون فى شئ من العروض والسلع

بالنقار أخف والفلوس كالعروض وهذا مقتضى فساد القراض ويكون له في بيع الفلوس أجرة المثل وفيما نض من ثمنها قراض المثل وقال أصبغ هي كالنقار وقال ابن حبيب نحوه وترد فلوسا مثلها وجه قول ابن المواز ان الفلوس لا يحرم فيها التفاضل فاذا وقع القراض بها وجب فسخه كالعروض ووجه قول ابن حبيب ان هذا ثمن يتعامل به فلا يفسخ القراض اذا وقع به كالدنانير والدراهم (مسئلة) وأما نقار الذهب والفضة فروى ابن القاسم عن مالك المنع من القراض بها وروى عنه أشهب اجازة ذلك وروى يحيى بن يحيى منع ذلك في بلد يتعامل فيه بالدنانير والدراهم وأما في بلد يتعامل فيه بالتبر فلا بأس به وجه رواية ابن القاسم أنها تتعين بالعقد فكان القراض بها ممنوعا كالعروض ووجه رواية أشهب انها عين تجب فيها الزكاة فصح القراض فيها كالدنانير والدراهم (فرع) فاذا قلنا برواية المنع ووقع ذلك فان يحيى روى عن ابن القاسم انه يضمنه ولا يفسخه وقال القاضي أبو محمد وجه ذلك عندي على الكراهية وذلك عندي يحتاج أيضا الى توجيه ووجهه أن قيمته لا تتفاوت ولا يدخلها من حوالة الاسواق الا ما يقرب مما يدخل الدنانير والدراهم فلذلك لم يفسخ (مسئلة) وأما الحلي المصوغ من الذهب والفضة فلا يجوز القراض به ورواه أشهب عن مالك وذلك أن الصياغة قد غيرت حكمه وألحقته بالعروض (مسئلة) وأما المغشوش من الذهب والفضة فحكى القاضي أبو محمد انه لا يجوز القراض به مضروبا كان أو غير مضروب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان الغش النصف فاقل جاز وان كان أكثر من النصف لم يجز ذلك واستدل القاضي أبو محمد في ذلك بأن هذه دراهم مغشوشة فلم يجز القراض بها أصل ذلك اذا زاد الغش على النصف * قال القاضي أبو الوليد والذي عندي انه انما يكون ذلك اذا كانت الدراهم ليست بالسكة التي يتعامل الناس بها فاذا كانت سكة التعامل فانه يجوز القراض بها لانها قد صارت عينا وصارت أصول الأثمان وقيم المتلفات وقد جوز أصحابنا القراض بالفلوس فكيف بالدراهم المغشوشة ولا خلاف بين أصحابنا في تعلق الزكاة بعينها ولو كانت عروضا لم تتعلق الزكاة بعينها وان اعترض في ذلك انه يجوز ان ينقطع فتستحيل أسواقها فمثل ذلك يعترض في الدراهم الخالصة اذا قطع التعامل بها والله أعلم ص ﴿ قال مالك ومن البيوع ما لا يجوز اذا تفاوت أمره وتفاحش رده فأما الربا فانه لا يكون فيه الا الرد أبدا ولا يجوز منه قليل ولا كثير ولا يجوز فيه ما يجوز في غيره لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه وان تبتم فلكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ﴾ ش وهذا كما قال ان من البيوع بيوعا مكروهة فان فات أمضى عقده ولم ينتقض ولم يغير كبيع الحب بعد أن أفرك وقبل أن ييبس وبيع الثمر بعد أن أزهى يؤخذ كيلا بعد أن يتمر قال ذلك عيسى وزاد فيه ان من البيوع المكروهة التي تجري مجرى ما تقدم ذكره ما اذا فات نظر فيه فان كان فيها شيء يأخذه البائع أعطيه والا لم ينقص مما أخذ شيأ وان هي أدركت ولم تفت فأسقط البائع شرطه مضى البيع ولزمهما وأرى انه يصير الى بيع وسلف وليس ذلك من جملة البيوع المكروهة فقط بل هو من البيوع المحرمة وكذلك ما يرد فيه الى الأكثر من القيمة أو الثمن كبيع الأمة على أن تتخذ أم ولد قال عيسى وأما الذي لا يفوت فالبيع الحرام يفسخ ما لم يفت فاذا فات رد الى القيمة ما بلغت في قول عيسى انما يمضي من البيوع بالثمن اذا فات ما كان مكروها ولم يكن حراما وأما الذي يرد الى القيمة حين القبض فهو الحرام وقال ابن عبدوس ان كان بيع كان فساده لعقده كالبيع وقت صلاة الجمعة ممن يجب عليه اتيانها وكابتياع الرجل على بيع أخيه وبيع الحاضر للبادي والبيع على

* قال مالك ومن البيوع ما يجوز اذا تفاوت أمره تفاحش رده فأما الربا فانه لا يكون فيه الا الرد أبدا ولا يجوز منه قليل ولا كثير ولا يجوز فيه ما يجوز في غيره لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه وان تبتم فلكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون

تلق السلع فان فات يمضي بالثمن وما كان فساده في أحد عوضيه كبيع المجهول والغرر فانه يرد بعد الفوات الى القيمة وجه ماقاله عيسى ماحكى عن ابن القاسم فيمن باع كيلا من التمر من حائط معين قد أزهى انه يرد للاتيان به على الوجه المكروه مالم يفت فاذا فات أمضي كالصلاة في الوقت اذا وقعت على بعض الوجوه المكروهة الا أنها على صفات الاجزاء فانها تعاد في الوقت للاتيان بها على أكمل صفاتها فاذا فات الوقت لم تعد وأما البيع الحرام فانه يرد أبدا لانه وقع على الوجه الفاسد الذى لا يصلح انفاذه عليه فوجب أن يرد التغابن فيه أبدا لانه لم يملك بالعقد كالصلاة اذا عريت من صفات الاجزاء فانها تعاد أبدا ووجه ماقاله ابن عبدوس ان هذا عقد معاوضة فاذا كان الفساد في عقده كان فيه بعد الفوات العوض المسمى واذا كان فساده في عوضه كان فيه بعد الفوات القيمة كالنكاح

(فصل) قال ابن مزين وانما خرج مالك من مقالته في صدر المسئلة في القراض الى ذكر البيوع وما اختلف من ذكر مكروهها وحرامها وانما هو مثل ضرب به اعتزى فيه أن للقراض مكروها وحراما كالبيوع لها مكروه وحرام فمكروه القراض ما كان منه اذا فات بالعمل يرد فيه العامل الى قراض مثله مثل المقارض بالسلعة والمقارض على الضمان والمقارض يشرط أو يشترط عليه أن لا يرد المال الى أجل مسمى فهذا وشبهه مكروه القراض وهو نظير مكروه البيع كما لا ينتقض البائع في مكروه البيع من الثمن الذى باع به اذا كان أدنى من القيمة فكذلك لم يخرج المقارض في مكروه القراض و يرد الى قراض مثله وحرام القراض ما كان منه يرد المقارض بعد العمل الى أجرة مثله ويخرج عن ربح القراض كما أن البيع في البيوع الحرام ويرجع عند فوات السلعة الى قيمتها وان كان ذلك دون الثمن الذى باع به أو أكثر فهذا تأويل هذه المقالة التى قالها مالك وهذا الذى ذكره ابن مزين في ايراد مسئلة البيوع الفاسدة باثر مسائل القراض لا بأس به في ان المراد به تمثيل القراض الفاسد بالبيوع الفاسدة وماذكره في ثبوت الحكم في القراض الحرام والمكروه متنازع وذلك ان القراض الفاسد اختلف أصحابنا في الواجب به اذا فات قال القاضي أبو محمد الظاهر انه يرد الى قراض المثل و به قال أشهب وابن الماجشون من رواية ابن حبيب عنه وروى عن مالك يرد في ذلك كله الى أجرة المثل ذكر هذه الرواية القاضي أبو محمد و به قال أبو حنيفة والشافعي وروى عن مالك يرد بعض القراض الفاسد الى قراض المثل و بعضه الى أجرة المثل حكاها عنه ابن حبيب وقال بهذا ابن القاسم وابن عبد الحكم وابن نافع ومطرف وأصبغ واختلف أصحابنا في تفسير ذلك فقال ابن حبيب أصل ذلك ان كل زيادة يشترطها أحدهما في المال داخلة فيه ليست بخارجة عنه ولا خالصة لمشترطها فذلك يرد الى قراض المثل وكل زيادة ازدادها خارجة من المال أو خالصة لأحدهما فان هذا يرد الى اجارة المثل وكل خطر وغرر يتعاملان عليه خرجا فيه عن سنة القراض فهو في ذلك أجير وحكى القاضي أبو محمد عن ابن القاسم ان معنى ذلك ان طال الفساد من جهة العقد فانه يرد الى قراض المثل ان كان من جهة زيادة ازدادها أحدهما على الآخر فانه يرد الى اجارة المثل حكى عن عيسى ماتقدم وجه الرواية الأولى ان شبهة كل عقد وفاسده يجب رده الى صحيحه اذا فات كالبيع والنكاح والاجارات اذا ثبت ذلك فهذا الذى ذكره ابن حبيب في التقسيم غير ماذهب اليه ابن مزين وانما كان يجب على ماذكره مالك في البيوع الفاسدة ان لو قال كل قرض اوقع على وجه مكروه ووجدت فيه شروط الصحة فانه يترك اذا وقع وفات وما كان حراما لم

يوجد فيه شروط الصحة فانه يرد أبدا وان فات كان فيه قراض المثل ولكن مالكا انما قصد الى ان حكم القراض المكروه مخالف لحكم القراض الفاسد كما ان حكم البيع المكروه مخالف لحكم البيع الفاسد ولم يقصد الى التسوية بين المكروه منها (فرق) والفرق بين قولنا قراض المثل وأجرة المثل ان قراض المثل متعلق بنماء ذلك المال وان كان فيه ربح فله حصته فى مثله فى عمله وأمانته فى ذلك المال وان لم يكن له ربح فاختلف أصحابنا فى ذلك فمنهم من قال لاشئ له وهو الأظهر ومنهم من يجعل له قراض المثل حصة ثابتة مع وجود الربح وعدمه ويفرق بينه وبين أجرة المثل بان يجعل له الجزء الذى يعامل مثله عليه فى مثل المال وأما أجرة المثل فانها متعلقة بذمة صاحب المال باجارة ثابتة يدفعها اليه من حيث شاء ان كان فى المال ربح فالمشهور من المذهب ان له أجرة مثله كان له فى المال ربح أو خسارة وقال ابن حبيب ان له أجرة المثل من الربح فان لم يكن فى المال ربح فلا شئ له (فرق) وبينهما فرق آخر وهو ان العامل فى قراض المثل يلزمه العمل الى أن ينض المال ولا يلزمه فى أجرة المثل شئ من ذلك وعلى رب المال قبض دينه ان كان أذن له فيه وبيع عروضه وعلى العامل اثبات ديونه لان من كانت عليه ان جحدها ولم تثبت ببينة ضمنها العامل

﴿ مايجوز من الشرط فى القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا وشرط عليه أن لا تشترى بمالى الا سلعة كذا وكذا أو ينهاه أن يشترى سلعة باسمها * قال مالك من اشترط على من قارض أن لا يشترى حيوانا أو سلعة باسمها فلا بأس بذلك ومن اشترط على من قارض أن لا يشترى الا سلعة كذا وكذا فان ذلك مكروه الا أن تكون السلعة التى أمره أن لا يشترى غيرها كثيرة موجودة لا تخلف فى شتاء ولا صيف فلا بأس بذلك ﴾ ش وهذا كما قال ان من شرط على العامل أن لا يتجر بسلعة معينة أو بالحيوان فذلك جائز وله شرطه لانه قد أبقى له من السلع مالا يعدم التجارة فيها فى بلد من البلدان ولا وقت من الأوقات وهذا شرط فى صحة القراض فأما اذا قال له أقارضك على أن لا تشترى الا سلعة كذا السلعة بعينها فان كانت السلعة كثيرة موجودة ولا تعدم التجارة فيها ولا تعدم هى فى وقت من الاوقات كالحيوان والطعام فان ذلك جائز وان كانت السلعة قد تعدم فى وقت من الاوقات أو تتعذر التجارة بها لقلتها فى بعض الازمان لم تجز المقارضة بها وعقد القراض على ذلك فانه فاسد وبهذا قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة هو جائز والدليل على صحة ماذهب اليه مالك ان هذا اشترط ماينافى عقد المضاربة فوجب أن لا يصح كما لو شرط عليه الضمان أو شرط أن يرد اليه عروضا والذى يدل على ان هذا الشرط ينافى المضاربة أن المقصود منها هو النماء والربح واذا قال لا تشتر الا هذا الثوب فانه لايبعد أن يعدم فى ذلك الثوب ربح فيبطل مقصود القراض (فرع) اذا ثبت ان ذلك يفسد القراض فانه يفسخ وقال ابن حبيب كل قراض وقع فاسدا مما يرد فيه العامل الى قراض مثله أو أجرة مثله فانه يفسخ متى عثر عليه قبل العمل وبعده ووجه ذلك انه عقد غير لازم فاذا عثر عليه قبل أن يبتاع بالمال شيأ فسخ وان عثر عليه بعد ان ابتاع بالجميع كان فسخه المنع من استئناف العمل به فى المستقبل وهما فيما تقدم من العمل على قراض المثل أو أجرة المثل (فرع) فاذا قلنا يرد الى أجرة مثله فلا تفريع واذا قلنا يرد الى قراض مثله وابتاع ببعض العين سلفا * قال القاضى أبو الوليد فعندى ان اشترى باليسير الذى لا خطب له فهو كمن لم يشتر شيأ وان كان اشترى بالكثير وبقى الكثير فهو

﴿ ما يجوز من الشرط فى القراض ﴾
* قال يحيى قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا وشرط عليه أن لا تشترى بمالى الا سلعة كذا وكذا أو ينهاه أن يشترى سلعة باسمها * قال مالك من اشترط على من قارض أن لا يشترى حيوانا أو سلعة باسمها فلا بأس بذلك ومن اشترط على من قارض أن لا يشترى الا سلعة كذا وكذا فان ذلك مكروه الا أن تكون السلعة التى أمره أن لا يشترى غيرها كثيرة موجودة لا تخلف فى شتاء ولا صيف فلا بأس بذلك

* قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا واشترط عليه فيه شيأ من الربح خالصا دون صاحبه فان ذلك لا يصلح وان كان درهما واحدا الا أن يشترط نصف الربح له ونصفه لصاحبه أو ثلثه أو ربعه أو أقل من ذلك أو أكثر فاذا سمى شيأ من ذلك قليلا أو كثيرا فان كل شئ سمى من ذلك حلال وهو قراض المسلمين قال ولكن ان اشترط أن له من الربح درهما واحدا فما فوقه خالصا له دون صاحبه وما بقي من الربح فهو بينهما نصفين فان ذلك لا يصلح وليس على ذلك قراض المسلمين

﴿ ما لا يجوز من الشرط في القراض ﴾

* قال يحيي قال مالك لا ينبغي لصاحب المال أن يشترط لنفسه شيأ من الربح خالصا دون العامل ولا ينبغي للعامل أن يشترط لنفسه شيأ من الربح خالصا دون صاحبه ولا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا عمل ولا سلف ولا مرفق يشترطه أحدهما لنفسه دون صاحبه الا أن يعين أحدهما صاحبه على غير شرط على وجه المعروف اذا صح ذلك منهما ولا ينبغي للمتقارضين أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة من ذهب ولا فضة ولا طعام ولا شئ من الاشياء يزداده أحدهما على صاحبه قال فان دخل القراض شئ من ذلك صار اجارة ولا تصلح الاجارة الا بشئ ثابت معلوم ولا ينبغي للذي أخذ المال أن يشترط مع أخذه المال أن يكافئ ولا يولي من سلعته أحدا ولا يتولى منها شيأ لنفسه فاذا وفر المال وحصل عزل رأس المال ثم اقتسما الربح على شرطهما فان لم يكن للمال ربح أو دخلته وضيعة لم يلحق العامل من ذلك شئ لا مما أنفق على نفسه ولا من الوضيعة وذلك على رب المال في ماله والقراض جائز على ما تراضيا عليه رب المال والعامل من نصف الربح أو ثلثه أو ربعه أو أقل من ذلك أو أكثر

على قراض المثل فيما عمل فيه ويترك الباقي ص ﴿ قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا واشترط عليه فيه شيأ من الربح خالصا دون صاحبه فان ذلك لا يصلح وان كان درهما واحدا الا أن يشترط نصف الربح له ونصفه لصاحبه أو ثلثه أو ربعه أو أقل من ذلك أو أكثر فاذا سمى شيأ من ذلك قليلا أو كثيرا فان كل شئ من ذلك حلال وهو قراض المسلمين قال ولكن ان اشترط أن له من الربح درهما واحدا فما فوقه خالصا له دون صاحبه وما بقي من الربح فهو بينهما نصفين فان ذلك لا يصلح وليس على ذلك قراض المسلمين ﴾ ش وهذا كما قال ان من اشترط من المتعاملين شيأ من الربح على الآخر فان ذلك جائز لان ذلك يقتضي أن لا يخلو واحد منهما من حصة من الربح ولو اشترط أحدهما عددا لم يجز لانه قد يمكن ذلك العدد أن يستغرق جميع الربح فلا يكون للآخر حظ من الربح وهو لم يدخل في القراض الا على حظ من الربح فلذلك كان الربح على الأجزاء لا على العدد فان شرط أحدهما مع الأجزاء شيأ من الربح مقدرا بالعدد ولو درهما واحدا فان ذلك يفسد عقد القراض لان القراض مبني على الاجزاء فاذا اشترط فيه عددا مستثنى أدخل الجهالة في الاجزاء المشترطة ولا يعلم حينئذ كم مقدارها ولا يعلم كل واحد منهما ما جزأه من الربح فلم يتقدر بجزء ولا بعدد فوجب أن يبطل والله أعلم

﴿ ما لا يجوز من الشرط في القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيي قال مالك لا ينبغي لصاحب المال أن يشترط لنفسه شيأ من الربح خالصا دون العامل ولا ينبغي للعامل أن يشترط لنفسه شيأ من الربح خالصا دون صاحبه ولا يكون مع القراض بيع ولا كرا، ولا عمل ولا سلف ولا مرفق يشترطه أحدهما لنفسه دون صاحبه الا أن يعين أحدهما صاحبه على غير شرط على وجه المعروف اذا صح ذلك منهما ولا ينبغي للمتقارضين أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة من ذهب ولا فضة ولا طعام ولا شئ من الأشياء يزداده أحدهما على صاحبه قال فان دخل القراض شئ من ذلك صار اجارة ولا تصلح الاجارة الا بشئ ثابت معلوم ولا ينبغي للذي أخذ المال أن يشترط مع أخذه المال أن يكافئ ولا يولي من سلعته أحدا ولا يتولى منها شيأ لنفسه فاذا وفر المال وحصل عزل رأس المال ثم اقتسما الربح على شرطهما فان لم يكن للمال ربح أو دخلته وضيعة لم يلحق العامل من ذلك شئ لا مما أنفق على نفسه ولا من الوضيعة وذلك على رب المال في ماله والقراض جائز على ما تراضيا عليه رب المال والعامل من نصف الربح أو ثلثه أو ربعه أو أقل من ذلك أو أكثر ﴾ ش وهذا كما قال انه لا يجوز لاحد المتعاملين أن يشترط لنفسه من الربح شيأ لا يفضي الى الاجزاء على ما قدمناه وقد بيناه ذلك وقوله ولا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا عمل يريد انه لا يجوز أن يشتمل

عليهما عقد واحد وجه ذلك ان هذه عقود لازمة وعقد القراض عقد جائز والجواز ضد اللزوم فلما تنافى مقتضاهما لم يصح أن يجتمعا فى عقد لان ذلك يخرج أحدهما عن مقتضاه ويوجب فساده واذا فسد أحدهما فسد الآخر لاشتمال العقد عليهما (مسئلة) فان وقع بيع وقراض فقد روى عيسى عن ابن القاسم فى كتاب ابن مزين يفسخ ذلك مالم تفت السلعة و يعمل فى القراض ثم يتقارضان قراضا صحيحا ان شا آ فان لم تفت سلعة البيع وقد عمل فى المال فسخ البيع وكان أجيرا فى القراض وان فاتت السلعة وعمل فى المال فكذلك أيضا له قيمة سلعته و يرد فى القراض الى أجرة مثله ويكون نماء المال لربه (مسئلة) وأما ان اشترط عليه عملا كالصانع يأخذ القراض على العمل أو يعمل بيده قال ابن القاسم ان فات فهو أجير وقال ابن وهب هما على قراضهما * قال القاضى أبو الوليد ومعنى ذلك عندى أن يكون له أجر عمله ويكون فى المال على قراض مثله دون اشتراط عمله

(فصل) وقوله ولا سلف ولا مرفق يشترطه أحدهما لنفسه دون صاحبه على ما قال انه لا يجوز ذلك لما قدمناه من أن السلف طريقه اللزوم وكذلك عقود المرافق وذلك مما ينافى عقود الجواز فان وقع ذلك فربح السلف للعامل وهو فى المسئلة الأخرى أجير على قول ابن القاسم وعلى قراض المثل فى قول ابن وهب

(فصل) وقوله الا أن يعين أحدهما صاحبه على غير شرط على وجه المعروف اذا صح ذلك منهما يريد أن يكون أحدهما يعين صاحبه من غير شرط ولا عوض الا لمجرد المعروف والمرفق فيجوز أن يعينه فيه ولا يعود بفساد القراض على ما تقدم قبل هذا فانه اذا صح ذلك منهما ولم يكن ذلك لمعنى القراض الذى بينهما فهو جائز غير مفسد لما بينهما من القراض

(فصل) ولا ينبغى للمتقارضين أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة من ذهب ولا فضة ولا طعام ولا شيأ من الأشياء على ما تقدم وان كانت الزيادة من الذهب والفضة من غير ربح القراض كانت مع القراض اجارة ان اشترط ذلك العامل وان اشترطه صاحب المال فانه عمل وعين معلوم بعين مجهول (فرع) فان نزل ذلك فى كتاب محمد بن المواز عن مالك وأصحابه انه ان ترك ذلك من اشترطه قبل العمل فهو جائز ووجه ذلك عندهم انه قد أسقط ما أدخل الفساد فى العقد فى وقت يجوز له تركه وابتداؤه فكان ذلك بمنزلة ان فسخ العقد الفاسد واستأنف عقدا صحيحا (فرع) وأما بعد العمل فروى يحيى عن ابن نافع انه ان أبطل الشرط الفاسد مشترطه صح العقد وتماديا عليه وأنكر ذلك يحيى بعد العمل

(فصل) وقوله فان دخل القراض شئ من ذلك صار اجارة ولا يصلح الا بشئ ثابت معلوم يريد ان اشترطه العامل فهو اجارة لان من حكم القراض أن يكون عوض العمل حقه مقصور على ما يترقب خروجه من النماء فاذا اشترط العامل ذهبا من غيره أو غير ذهب فقد خرج عن سنة القراض الى ما لا يجوز فيه وانما يجوز فى الاجارة الا أن من شرط الاجارة أن يكون جميع عوضها معلوما فاذا كان بعض عوضها مجهولا مترقبا من النماء لم تصح الاجارة أيضا والفرق بين الاجارة على التجارة بالمال وبين القراض ان فى الاجارة يستأجره على ان يتجر له فى ماله بشئ معلوم معين مقبوض أو مقدر فى الذمة بعقد لازم فان جعل شئ منه فى النماء المترقب لم يجز ومعنى القراض أن يعامله معاملة جائزة ليعمل فى ماله بجزء من نمائه المترقب فان صرف شئ من عوض العمل الى غير ذلك لم يجز

(فصل) وقوله ولا ينبغى للذى أخذ المال أن يشترط مع أخذه المال أن يكافئ ولا يولى من سلعته أحدا ولا يتولى منها شيأ لنفسه يريد انه ليس للعامل أن يشترط فى عقد القراض الا أن يكافئ منه من أسدى اليه معروفا يختص به وأما لو كافأ منه أحدا بمعروف أسدى اليه فى مال القراض على وجه التجارة وحسن النظر لجاز ذلك وكذلك ليس له أن يولى أحدا سلعة يرجو فيها نماء وربحا وأما اذا ولاها وكان فى ذلك نظر فهو نفع يقصد مع المكايسة فللعامل أن يفعله وهذان الفصلان اذا كانا على وجه المتاجرة فللعامل فعله ولا يحتاج الى اشتراطها ولو اشترطها لما فسد بذلك القراض وان كانا على وجه المعروف فلا يجوز اشتراطهما ويفسد ذلك العقد وان فعلها من غير شرط كان ذلك موقوفا على اجازة صاحب العامل وأما أن يتولى من ذلك سلعة فان ذلك غير جائز لانه ليس له أن يذهب ببعض النماء الحاصل فى المال ولا يجوز اشتراطه فان فعل ذلك من غير شرط فلرب المال الخيار بين أن يمضيه ويلزمه العامل وبين أن يرده

(فصل) وقوله فاذا حضر المال وحصل عزله ثم اقتسما الربح على شرطهما يريد الذى يجب أن يبدأ بالاخراج فى قسمة القراض رأس المال لانه لا ربح لواحد منهما حتى يسلم الى صاحبه ويصير فى قبضه فوجب أن يبدأ فى القسمة فاذا سلم الى صاحبه وتصير فى قبضه كان ما بقى بعده ربح حاصل فيقتسمانه على ما سميا فى القراض الصحيح ويجرى الأمر فيه على ما تقدم من الاختلاف فى القراض الفاسد

(مسئلة) فان اقتسما الربح دون أن يحضر رأس المال أو حضر فلم يقبضه صاحبه فان تلك قسمة فاسدة فان دخل المال نقص رد من الربح ما يجبر به رأس المال وان أتى على جميعه قاله عيسى

(فصل) وقوله فان لم يكن فى المال له ربح أو دخلته وضيعة لم يلحق العامل من ذلك شئ لا مما أنفق على نفسه ولا من الوضيعة وذلك على رب المال فى ماله يريد انه ان لم يكن للمال بعد اخراج رأس المال ورده الى صاحبه ربح يقسم فلا شئ للعامل ولا شئ عليه ان كان فى ذلك خسران ولا عليه أن يجبره لانه ليس بمضمون عليه ولا عليه رد شئ مما أنفقه على نفسه ان كان سافر فيه سفرا يقتضى الانفاق على العامل لان ذلك بمنزلة سائر المؤن اللازمة لمال القراض من كراء حمل واجارة شروطى وقوله على رب المال فى ماله يريد مال القراض وليس ذلك فيما بيده من المال لانه لم يأذن له فى التصرف الا فى مال القراض فليس له أن يتصرف تصرفا يتعدى الى غير ذلك من ماله ص ﴿ مالك لا يجوز للذى يأخذ المال قراضا أن يشترط أن يعمل فيه سنين لا ينزع منه قال ولا يصلح لصاحب المال أن يشترط انك لا ترده الى سنين لأجل يسميانه لان القراض لا يكون الى أجل ولكن يدفع رب المال ماله الى الذى يعمل له فيه فان بدا لأحدهما أن يترك ذلك والمال ناض لم يشتر به شيأ تركه وأخذ صاحب المال ماله وان بدا لرب المال أن يقبضه بعد ان يشترى به سلعة فليس ذلك له حتى يباع المتاع ويصير عينا فان بدا للعامل أن يرده وهو عرض لم يكن له ذلك حتى يبيعه فيرده عينا كما أخذه ﴾ ش وهذا على ما قال انه لا يجوز أن يوقت القراض بمدة معلومة لا يجوز فسخه قبلها وان عاد المال عينا وان انقضت المدة فقد كمل القراض فلا يكون للعامل ولا عليه أن يبيعه ولا يعمل به اذا كان عرضا عند انقضاء المدة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وقال أصحاب بعض أبى حنيفة ذلك جائز والدليل على ما نقوله انه عقد جائز فلم يتوقت بمدة من الزمان كالشركة ووجهه ان القراض عقد جائز ومعنى ذلك ان لكل واحد من المتعاقدين فسخه متى شاء ولم يوقت بزمن لم يكن لكل واحد منهما ذلك لان التوقيت يمنع ذلك (مسئلة) فان وقع ذلك فحكى ابن المواز عن ابن نافع ان وقع فسخت الشرط وأثبتهما

قال مالك لا يجوز للذى يأخذ المال قراضا أن يشترط أن يعمل فيه سنين لا ينزع منه قال ولا يصلح لصاحب المال أن يشترط انك لا ترده الى سنين لأجل يسميانه لأن القراض لا يكون الى أجل ولكن يدفع رب المال ماله الى الذى يعمل له فيه فان بدا لأحدهما أن يترك ذلك والمال ناض لم يشتر به شيأ تركه وأخذ صاحب المال ماله وان بدا لرب المال أن يقبضه بعد أن يشترى به سلعة فليس ذلك له حتى يباع المتاع ويصير عينا فان بدا للعامل أن يرده وهو عرض لم يكن ذلك له حتى يبيعه فيرده عينا كما أخذه

على قراضهما قال ابن مزين هو حسن قبل العمل وأما بعد ان يعمل فهو أجير والربح لصاحب المال والضمان منه

(فصل) وقوله وان بدا لرب المال أن يقضيه بعد ان يشترى سلعة فليس ذلك له يريد ان عقد القراض يلزم بتغير عين المال والذى يلزم منه عمل معتاد فى مثله يرجع به المال الى ما كان عليه من العين لتمكن الانفصال فيه ولا يلزم زيادة عليه بان يبتاع به سلعة أخرى أو يستأنف به تجارة ثانية وذلك مبنى على أصلين أحدهما ان القراض من العقود الجائزة التى لكل واحد منهما فسخه والثانى أن القراض لا يقع الانفصال فيه الا وهو على الصفة التى انعقد عليها وذلك بان يعود المال عينا على الصفة التى انعقد بها القراض فاذا ثبت الأصلان فلكل واحد من المتعاقدين فسخه ما كان عينا فاذا غيره فى سلعة لزمه العمل به الى أن يعود المال عينا فيمكن الانفصال به ويلزم رب المال تركه بيده اذا صار عرضا ليتخلص للعامل حصته من الربح التى لها عمل وذلك لا يكون الا بان يصير المال عينا يرد منه رأس المال ويتخلص بعد ذلك الربح لتصح المقاسمة فيه

﴿ زكاة القراض ﴾

ص ﴿ مالك لا يصلح لمن دفع الى رجل مالا قراضا أن يشترط عليه الزكاة فى حصته من الربح خاصة لأن رب المال اذا اشترط ذلك فقد اشترط لنفسه فضلا من الربح ثانيا فيما سقط عنه من حصة الزكاة التى تصيبه من حصته ﴾ ش وهذا كما قال انه لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل زكاة رأس المال لأن ذلك يعود الى أن يشترط عليه عددا من الربح ينفرد به ثم تطرأ القسمة بعد ذلك وربما استغرق بعد ذلك العدد جميع الربح فيسقط حظ العامل من الربح مع وجوده واشتراطه له وذلك ينافى الجواز لما فيه من الجهالة (مسئلة) فان اشترط على العامل زكاة الربح من حصته فقد اختلف أصحابنا فى ذلك فروى أشهب عن مالك فى كتاب ابن المواز لا خير فى ذلك وروى عنه ابن القاسم وغيره أن ذلك جائز وبه قال أشهب وجه رواية أشهب أن ذلك مجهول لأنه قد يقع التارك بينهما قبل وجوب الزكاة فى المال وجه رواية ابن القاسم أنه اشترط عليه جزأ شائعا فكان جائزا بمنزلة أن يشترط عليه النصف وربع العشر وللعامل النصف غير ربع العشر (مسئلة) فان اشترط العامل على رب المال الزكاة فهو على ضربين أحدهما أن يشترط زكاة الربح من رأس المال والثانى أن يشترط زكاة حصته من الربح فى حصة رب المال من الربح فان اشترط زكاة المال من رأس الربح فقد قال عيسى لا يجوز وحكى القاضى أبو محمد جواز ذلك وجه رواية عيسى أن ذلك من الجهالة والغرر لأنه لا يدرى ما شرط عليه فى رأس ماله فى قلته أو كثرته ولا يدرى هل يثبت ذلك أم لا لأنه ان كان فيه ربح لزم رب المال أداء الزكاة عنه وان لم يكن فيه ربح فلا شئ عليه ووجه رواية القاضى أبى محمد أن زكاة رأس المال على رب المال وزكاة الربح منه ثم تقع القسمة بعد ذلك فاذا شرط العامل الزكاة على رب المال فانما شرط عليه زيادة جزء من الربح ولا تأثير لتخصيصه برأس المال لأن لرب المال أن يدفعه من حيث شاء كما لو شرط الزكاة رب المال على العامل ص ﴿ مالك ولا يجوز لرجل أن يشترط على من قارضه أن لا يشترى الا من فلان لرجل يسميه فذلك غير جائز لأنه يصير له أجيرا بأجر ليس بمعروف ﴾ ش وهذا كما قال انه لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل أن لا يشترى الا من فلان وقال أبو حنيفة هو جائز وقد تقدم الكلام فيه واحتج مالك فى ذلك بانه اذا عين

﴿ زكاة القراض ﴾

* قال مالك ولا يصلح لمن دفع الى رجل مالا قراضا أن يشترط عليه الزكاة فى حصته من الربح خاصة لأن رب المال اذا اشترط ذلك فقد اشترط لنفسه فضلا من الربح ثانيا فيما سقط عنه من حصة الزكاة التى تصيبه من حصته ولا يجوز للرجل أن يشترط على من قارضه أن لا يشترى الا من فلان لرجل يسميه فذلك غير جائز لأنه يصير له أجيرا بأجر ليس بمعروف

له هذا التعيين فانما هو رسول لأن العامل فى المال سنته التصرف وطلب الاسترخاص فاذا منع من ذلك ونص على الابتياع من معين فانما هو رسول الى ذلك الرجل المعين يبتاع منه لرب المال فلا يجوز أن تتعلق أجرته بضمان المال لأن وجوده مجهول ومقداره مجهول (مسئلة) وسواء كان ذلك الرجل موسرا لا تعدم عنده السلع والمتاجر أو معسرا يعدم ذلك عنده قاله عيسى ورواه يحيي ابن يحيي عن ابن نافع ووجه ذلك أن هذا الشرط يمنع وجود النماء غالبا ويعقد على اختيار ذلك الرجل المعين لأن له أن يمتنع من مبايعته جملة أو من مبايعته الا بما شاء من الثمن الذى لا يرجى بعده ربح (فرع) فان وقع قال ابن نافع يفسخ مالم يفت فان فات صحح بما يصح به القراض الفاسد (مسئلة) وكذلك لو شرط عليه أن لا يتجر الا فى حانوت معين وأما ان شرط عليه أن لا يتجر الا ببلد معين فان كان حيث عقد القراض وكان لا يعدم فيه التجارة التى يقصدان لعظم ذلك البلد وكثرة متاجره فهو جائز وان كانت تلك المتاجر تعدم فيه لصغره لم يجز فأما ان كان بغير بلد القراض وانما شرط عليه أن يخرج اليه فذلك على ضربين أحدهما أن يخرج اليه ليتجر به والثانى أن يخرج اليه ليبيع فيه مايحمل اليه ويجلب منه مايشترى فأما الاول فقال ابن حبيب هو جائز ووجه ذلك انه شرط عليه التجارة ببلد يعلم وجودها به أبدا كما لو شرط عليه بلد عقد القراض وأما الثانى فاختلف فيه أصحابنا فروى ابن القاسم عن مالك المنع منه وبه قال ابن حبيب وروى أبو زيد فى ثمانيته عن ابن الماجشون فيمن دفع الى رجل ألف دينار قراضا يذهب بها الى بلد من البلدان بعينه ليشترى بها متاعا ويقدم بها الى المدينة لا يبيع الا بها وشرط ذلك عليه أن ذلك جائز وهو قراض الناس لم أسمع فيه اختلافا وروى أصبغ عن ابن القاسم اجازته فيمن قارض رجلا على أن يخرج الى البصرة أو الفيوم يشترى بها طعاما ماقيل له فالمكان بعيد مثل برقة وافريقية على أن يخرج اليها يشترى بها فقال لابأس بذلك وجه الرواية الاولى أن هذا اشترط على العامل سفرا بعينه وربما عدم التجارة والربح فيه لكساد سوق أو انقطاع طريق فوجب أن لا يجوز كما لو اشترط عليه التجارة فى سلعة بعينها ووجه القول الثانى أن هذا نوع من التجارة لا يكاد يخلفه التصرف فيه على المعهود فجاز أن يقصر العامل عليه كالتجار فى البز ص ﴿ قال مالك فى الرجل يدفع الى الرجل مالا قراضا ويشترط على الذى دفع اليه المال الضمان * قال مالك لا يجوز لصاحب المال أن يشترط فى ماله غير ماوضع القراض عليه ومامضى من ربح سنة المسلمين فيه فانما المال على شرط الضمان كان قد ازداد فى حقه من الربح من أجل موضع الضمان وانما يقتسمان الربح على مالو أعطاه اياه على غير الضمان وان تلف المال لم أر على الذى أخذه ضمانا لأن شرط الضمان فى القراض باطل ﴾ ش وهذا كما قال ان لرب المال اذا شرط الضمان على العامل أن ذلك يقتضى فساد العقد ووجه ذلك ان عقد القراض لا يقتضى ضمان العامل وانما يقتضى الامانة ولا خلاف فى ذلك فلذلك اذا شرط نقل الضمان عن محله باجماع اقتضى ذلك فساد العقد والشرط فان ادّعى ضياعه أو سرقته صدق وان ادّعى رده الى صاحبه فالقول قوله مع يمينه ان كان دفع اليه بغير بينة وان كان دفع اليه ببينة لم يبرأ الا ببينة (مسئلة) فاذا دفع القراض على الضمان وجب فسخه مالم يفت فان فات بطل الشرط ورد فيما قد مضى منه مالا بد منه فى تحصيل رأس المال على هيئته الى قراض المثل على ماروى عن مالك فى رد جميع القراض الفاسد الى قراض المثل وهو معنى قوله وانما يقتسمان الربح على مالو اعطاه اياه على غير ضمان (مسئلة) فان ادعى خسارة وكان وجه ماادعاه معروفا بان يكون من سافر مثل سفره أو تجر مثل تجارته أصابه

قال مالك فى الرجل يدفع الى رجل مالا قراضا ويشترط على الذى دفع اليه المال الضمان قال لا يجوز لصاحب المال أن يشترط فى ماله غير ما وضع القراض عليه ومامضى من سنة المسلمين فيه فان نما المال على شرط الضمان كان قد ازداد فى حقه من الربح من أجل موضع الضمان وانما يقتسمان الربح على مالو أعطاه اياه على غير ضمان وان تلف المال لم أر على الذى أخذه ضمانا لأن شرط الضمان فى القراض باطل

* قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا واشترط عليه أن لا يبتاع به الا نخلا أو دواب لأجل أنه يطلب ثمر النخل أو نسل الدواب ويحبس رقابها * قال مالك لا يجوز هذا وليس هذا من سنة المسلمين في القراض الا أن يشترى ذلك ثم يبيعه كما يباع غيره من السلع
* قال مالك لا بأس أن يشترط المقارض على (١٦٥) رب المال غلاما يعينه به على أن يقوم معه الغلام في المال اذا لم يعد أن يعينه في المال لا يعينه في غيره

﴿ القراض في العروض ﴾

* قال يحيى قال مالك لا ينبغي لأحد أن يقارض أحدا الا في عين لأنه لا تنبغي المقارضة في العروض لأن المقارضة في العروض انما تكون على أحد وجهين اما أن يقول له صاحب العرض خذ هذا العرض فبعه فما خرج من ثمنه فاشتر به وبع على وجه القراض فقد اشترط صاحب المال فضلا لنفسه من بيع سلعته وما يكفيه من مؤنتها أو يقول اشتر بهذه السلعة وبع فاذا فرغت فابتع لي مثل عرضي الذي دفعت اليك فان فضل شيء فهو بيني وبينك ولعل صاحب العرض أن يدفعه الى العامل في زمن هو فيه نافق كثير الثمن ثم يرده العامل حين يرده وقد رخص فيشتريه بثلث ثمنه أو أقل من ذلك فيكون العامل قد ربح نصف ما نقص من ثمن العرض في حصته من الربح أو يأخذ العرض في زمان ثمنه فيه قليل فيعمل فيه حتى يكثر المال في يده ثم يغلو ذلك العرض ويرتفع ثمنه حين يرده فيشتريه بكل ما في يده فيذهب عمله وعلاجه باطلا فهذا غرر لا يصلح فان جهل ذلك حتى يمضي نظر الى قدر أجر الذي دفع اليه القراض في بيعه اياه وعلاجه فيعطاه ثم يكون المال قراضا من يوم نض المال واجتمع عينا ويرد الى قراض مثله

ذلك أو كان وجهه معروفا فهو مصدق وان ادعى من ذلك ما لا يعرف فروى ابن أيمن عن مالك انه ضامن ص ﴿ قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا واشترط عليه أن لا يبتاع به الا نخلا أو دواب لأجل أنه يطلب ثمر النخل أو نسل الدواب ويحبس رقابها * قال مالك لا يجوز هذا وليس هذا من سنة المسلمين في القراض الا أن يشترى ذلك ثم يبيعه كما يباع غيره من السلع ﴾ ش وهذا كما قال انه لا يجوز أن يشترط رب المال على العامل أن يشترى به نخلا يوقف رقابها ويكون ربحها ثمارها لأن العمل الذي يعامل عليه المقارض هو التجارة دون السقي والقيام على النخل ولا يجوز أن يكون عوضا عن سقي النخل والقيام عليها غير مقدرة وانما يجوز له أن يكون حصة من ثمرة ذلك النخل كما لا يجوز أن يكون العرض والثمرة عوضا عن عمل التجارة وكذلك القيام على الدواب لا يجوز أن يكون العوض عليه جزأ من نسلها لأنها مما يزكو بغير عمل كالماشية ووجه آخر وهو انه قد يجد العامل بارقاب الربح فيكون ممنوعا منه وهو المقصود بالقراض وفي كتاب محمد والواضحة عن مالك اذا اشترط رب المال على العامل أن يزرع مثل ذلك ص ﴿ قال مالك لا بأس أن يشترط المقارض على رب المال غلاما يعينه به على أن يقوم معه الغلام في المال اذا لم يعد أن يعينه في المال لا يعينه في غيره ﴾ ش وهذا كما قال لا بأس أن يشترط العامل على رب المال اذا كان كثيرا غلاما يعينه فيه بالخدمة دون غيره من الأموال ولو اشترط خدمة الغلام فيما يخص العامل لم يجز وانما ذلك كالمساقاة يجوز للعامل أن يشترط على رب الحائط الكبير الغلام يعينه في السقي والخدمة

﴿ القراض في العروض ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك لا ينبغي لأحد أن يقارض أحدا الا في العين لأنه لا تنبغي المقارضة في العروض لأن المقارضة في العروض انما تكون على أحد وجهين إما أن يقول له صاحب العرض خذ هذا العرض فبعه فما خرج من ثمنه فاشتر به وبع على وجه القراض فقد اشترط صاحب المال فضلا لنفسه من بيع سلعته وما يكفيه من مؤنتها أو يقول اشتر بهذه السلعة وبع فاذا فرغت فابتع لي مثل عرضي الذي دفعت اليك فان فضل شيء فهو بيني وبينك ولعل صاحب العرض أن يدفعه الى العامل في زمن هو فيه نافق كثير الثمن ثم يرده العامل حين يرده وقد رخص فيشتريه بثلث ثمنه أو أقل من ذلك فيكون العامل قد ربح نصف ما نقص من ثمن العرض في حصته من الربح أو يأخذ العرض في زمان ثمنه فيه قليل فيعمل فيه حتى يكثر المال في يده ثم يغلو ذلك العرض ويرتفع ثمنه حين يرده فيشتريه بكل ما في يده فيذهب عمله وعلاجه باطلا فهذا غرر لا يصلح فان جهل ذلك حتى يمضي نظر الى قدر أجر الذي دفع اليه القراض في بيعه اياه وعلاجه فيعطاه ثم يكون المال قراضا من يوم نض المال واجتمع عينا ويرد الى قراض مثله ﴾ ش وهذا كما قال انه لا ينبغي القراض الا بالعين

الدنانير والدراهم وقدتقدم تفسير ذلك فان قارضه بعرض فان ذلك يكون على وجهين أحدهما أن يقول له بع هذا العرض فاذا نض ثمنه فاعمل به قراضا يكون الثمن رأس المال فهذا لايجوز و به قال مالك والشافعي وقال أبوحنيفة هو جائز والدليل على مانقوله ان هذا شرط مستأنف فلم يجز تعليق القراض به أصل ذلك هبوب الرياح ونزول المطر واستدلال فى المسئلة وهو ان هذا قراض واجارة فلم يجز أن يجتمعا فى عقد لاختلاف مقتضاهما (مسئلة) والوجه الثانى أن يقول له خذ هذا العرض على القراض يكون العرض رأس المال ترد الى بعد تمام العمل مثله فما فضل شئ فهو ربح بينى و بينك فهذا أيضا لايجوز خلافا لابن أبى ليلى فى تجويزه ذلك والدليل عليه ما احتج به مالك من الغرر وهو انه يجوز أن يأخذ العرض فى وقت رخصه و يرده فى وقت غلائه فيذهب رب المال بربح المال أو يأخذه فى وقت نفاقه و يرده فى وقت كساده فيشتريه ببعض رأس المال و يقاسمه البعض الآخر دون أن يفى بعمله ولذلك لم يجز القراض بما تختلف أسواقه و يختص ببعض الأوقات نفاقه

(فصل) وقوله فان جهل ذلك حتى يمضى الى آخر الفصل يريد فى الوجهين جميعا من كتاب محمد وابن حبيب انه لما كان القراض لايجوز الا بالعين وجب أن يصحح به عند الفوات فيكون القراض من وقت صح الثمن وحصل بيد العامل وما كان قبل ذلك فلا يمكن رده الى القراض الصحيح لانه لايصح القراض به لوجه فكان فيه أجرة المثل وهذا كما يقول ان البيع الفاسد يصحح بعد الفوات و يرد الى البيع الصحيح اذا كان المبيع يصح بيعه فاذا لم يصح بيعه لم يرد الى البيع الصحيح (فرع) وذكر الشيخ أبو محمد بن أبى زيد فى ذلك قسما ثالثا وهو اذا اعطاه عرضا بقيمته وجعلا تلك القيمة رأس المال فقال أبو محمد يظهر الى انه ان كان قصد الى أن يعمل بالثمن ويكون ماقوم به رأس المال انه أجير فى كل شئ لانها زيادة مشترطة اما لرب المال واما للعامل بخلاف القراض بالعرض فلا يقدر له ثمن قال وهذا على أصل ابن القاسم * قال القاضى أبو الوليد وعندى ان هذا الوجه له حكم الوجهين المتقدمين لانه لو جاز أن يقال فى هذا انه أجير لابد أن تكون القيمة فيها زيادة لأحدهما من الآخر لجاز أن يقال ذلك فى القراض بنقد لانه لابد أن يرده وقيمته أكثر فهذه زيادة لرب المال أو يرده وقيمته أقل فهذه زيادة للعامل

﴿ الكراء فى القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيي قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فاشترى به متاعا فحمله الى بلد للتجارة فبار عليه وخاف النقصان ان باع فتكارى عليه الى بلد آخر فباع بنقصان فاغترق الكراء أصل المال كله * قال مالك ان كان فيما باع وفاء للكراء فسبيله ذلك وان بقى من الكراء شئ بعد أصل المال كان على العامل ولم يكن على رب المال منه شئ يتبع به وذلك أن رب المال انما أمره بالتجارة فى ماله فليس للقارض أن يتبعه بما سوى ذلك من المال ولو كان ذلك يتبع به رب المال لكان دينا عليه من غير المال الذى قارضه فيه فليس للقارض أن يحمل ذلك على رب المال ﴾ ش وهذا كما قال لان رب المال أطلق يد العامل من ماله على رأس مال القراض دون غيره فكل ما عمل فيه العامل من عمل على وجه النظر عاد ذلك بخسران أو ربح فانه يلزمه فيه دون سائر أمواله فان لحق العامل بعد ذلك غرم بسبب مال القراض فهو ملتزم متعد فى التزامه فكان عليه غرمه

﴿ الكراء فى القراض ﴾
* قال يحيي قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فاشترى به متاعا فحمله الى بلد التجارة فبار عليه وخاف النقصان ان باع فتكارى عليه الى بلد آخر فباع بنقصان فاغترق الكراء أصل المال كله * قال مالك ان كان فيما باع وفاء للكراء فسبيله ذلك وان بقى من الكراء شئ بعد أصل المال كان على العامل ولم يكن على رب المال منه شئ يتبع به وذلك أن رب المال انما أمره بالتجارة فى ماله فليس للقارض أن يتبعه بما سوى ذلك من المال ولو كان ذلك يتبع به رب المال لكان دينا عليه من غير المال الذى قارضه فيه فليس للقارض أن يحمل ذلك على رب المال

﴿ التعدى فى القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فعمل فيه فربح ثم اشترى من ربح المال أو من جملته جارية فوطئها فحملت ثم نقص المال * قال مالك ان كان له مال أخذت قيمة الجارية من ماله فيجبر به المال فان كان فضل بعد وفاء المال فهو بينهما على القراض الأول وان لم يكن له وفاء بيعت الجارية حتى يجبر المال من ثمنها ﴾ ش وهذا كما قال ان من ابتاع جارية من مال القراض فوطئها فحملت منه فان كان له مال أخذت منه قيمتها ولا فرق فى هذا بين أن يبتاعها من مال القراض على وجه الاستيلاد و بين أن يكون بيده جارية من مال القراض فيطؤها فتحمل منه قاله ابن حبيب واختلف أصحابنا فى القيمة التى تلزمه بذلك ففى كتاب محمد يلزمه الأكثر من قيمتها يوم الوطء وقال ابن حبيب يلزمه الأكثر من قيمتها أو ثمنها يوم الوطء وجه القول الأول انه انما تعدى عليها بالوطء و به فاتت فلزمته قيمتها يوم وطئها ووجه قول محمد أن رب المال لو أدركها قبل الحمل لم يمنعها الوطء من أخذها منه وردها الى القراض فاذا فاتت بالحمل بعد ذلك وهو الذى يمنع ردها الى القراض وكانت قيمتها يوم الحمل أكثر لزمته قيمتها يوم الحمل وان كانت قيمتها يوم الوطء أكثر لزمته قيمتها يوم الوطء لانه وقت ابتداء التفويت فيها والوطء كان سبب فواتها وان كان ثمنها أكثر لزمه ذلك لان الثمن أتلف بالتعدى وقد رضى بضمانه حين وطئها وكان ذلك بمنزلة مالو تسلف ثمنها (مسئلة) وان كان عديما فتعدى على جارية من القراض فوطئها فحملت كان صاحب المال مخيرا بين أن يضمنها له و يتبعه بقيمتها فى ذمته والقيمة فى ذلك يوم الوطء وليس له من قيمة ولدها ولا مما نقصها الوطء شئ و بين أن تباع عليه جميعا ان لم يكن فى المال ربح أو حصته منها ان كان فى المال ربح فان نقص ثمن ما بيع منها من ذلك النصيب الذى بيعت عن قيمتها يوم الوطء اتبعه بذلك النقصان بنصيبه من قيمة الولد وان شاء تمسك بنصيبه منها واتبعه بما يصيبه من قيمة الولد قاله عيسى وهذا على ما اختاره ابن القاسم وأما على اختيار أشهب فانه من ضمن قيمة أمته بالوطء من شريك أو مقارض فانه لا شئ عليه من قيمة ولدها وجه قول ابن القاسم ان القيمة انما يحكم بها عليه يوم الحكم فما كان فيها من ولد قبل ذلك فهو لصاحب المال ووجه قول أشهب أن القيمة انما تكون يوم الوطء فيجب أن يسقط فيها ما كان من نماء بعد ذلك فراعى ابن القاسم يوم التقويم وراعى أشهب يوم القيمة والله أعلم (مسئلة) فان كان معدما وتسلف من مال القراض فاشترى جارية فأحبلها فالذى قاله مالك ان رب المال مخير بين أن يجيز له ذلك و بين أن تباع له فى المال الذى تسلف وروى ابن القاسم عن مالك انه يتبع به فى ذمته فى العدم بقيمتها ولا تباع وجه الرواية الأولى أن هذا دفع المال اليه على وجه التنمية لرب المال فليس له أن ينفرد بالانتفاع به أصل ذلك اذا أبضع معه مالا ليشترى به ما وجد له فاشترى به جارية فأحبلها أو ثوبا يختص به ووجه الرواية الثانية انه انما استسلف عينا وعليها وقع تعديه فكان ما اشترى فيه للمتعدى لاسيما وقد تسبب بحرمة العتق فاذا لزمته القيمة فلم أمنع صاحب المال من عوضه لانه لم يدفع اليه المال ليشترى به جارية وانما دفعه اليه ليطلب الربح فاذا حكمت له بالقيمة فقد مضى له بحصته من الربح ولو اشترى المودع بالوديعة جارية فحملت منه فلا اتباع عليه فى يسر ولا عسر والفرق بين الوديعة و بين القراض والبضاعة ان الوديعة لم توضع عنده للتنمية فيكون قد قصد الى ابطال غرض صاحبها عنها وانما جعلت عنده للحفظ وتسلفها لا ينافى حفظها

﴿ التعدى فى القراض ﴾ * قال يحيى قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فعمل فيه فربح ثم اشترى من ربح المال أو من جملته جارية فوطئها فحملت ثم نقص المال قال مالك ان كان له مال أخذت قيمة الجارية من ماله فيجبر به المال فان كان فضل بعد وفاء المال فهو بينهما على القراض الأول وان لم يكن له وفاء بيعت الجارية حتى يجبر المال من ثمنها

على قول مالك لان للمودع أن يتسلفها والوديعة والقراض انما دفعا اليه للتنمية فاذا تسلفها فقد قصد الى ابطال غرض صاحب المال منها فلم يكن له ذلك يبين ذلك أنه لو ابتاع بمال القراض أو البضاعة ثوبا لنفسه لم يكن أحق به من رب المال ولو ابتاع بالوديعة ثوبا لنفسه كان أحق به من رب المال والله أعلم (مسئلة) فان وطئ العامل جارية من مال القراض فلم تحمل أو تسلف من مال القراض فاشترى جارية فوطئها فلم تحمل فان كانت عينا فرب المال مخير بين أن يضمنه قيمتها وبين أن يتركه قاله مالك في الذى تسلف من مال القراض فاشترى به جارية ومعنى ذلك انه يضمنه قيمتها يوم الوطء أو يلزمه اياها بالثمن ووجه ذلك أن صاحب المال لو أدركها قبل الوطء لكان له ردها الى مال القراض فلما فاتت بالوطء لم يكن له ذلك وكان له أن يلزمه القيمة يوم الفوت أو يسوغ الاستسلاف فيطالبه بالثمن فان كان معسرا فالذى روى ابن القاسم عن مالك انها تباع فيما لزمه من القيمة ووجه ذلك انه قد فات استرجاعها الى مال القراض بالوطء لما له فى ذلك من الشبهة التى أسقطت الحد لما فى ذلك من اعارة الفرج ولم يفت بيعها عليه فلصاحب المال أن يبيعها عليه فيما لزمه من القيمة أو يؤخر ذلك عليه أو يطالبه بالثمن عاجلا يبيعها به أو مؤجلا يتبعه به وهذا حكم البضاعة اذا ابتاع بها فوطئها فانه يفوت بالوطء ردها الى البضاعة وبالله التوفيق ص ﴿ قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فتعدى فاشترى به سلعة وزاد فى ثمنها من عنده قال مالك صاحب المال بالخيار ان بيعت السلعة بربح أو وضيعة أو لم تبع ان شاء أن يأخذ السلعة أخذها وقضاه ما أسلفه فيها وان أبى كان المقارض شريكا له بحصته من الثمن فى النماء أو النقصان بحساب ما زاد العامل فيها من عنده ﴾ ش قوله اذا تعدى فاشترى به سلعة وزاد فى ثمنها يقتضى انه فعل ما لا يجوز فعله والشراء بأكثر من رأس مال القراض يقع على أربعة أوجه منها ما هو نقد ومنها ما ليس بنقد أحدها أن يكون بيده مال لنفسه أو لغيره وغير صاحب مال القراض فيريد أن يشرك بين المالين فهذا ليس بمتعد فيه وهو جائز له بغير اذن رب المال ولا اشتراط حين عقد القراض فان شرط ذلك حين عقد القراض فاختلف أصحابنا فيه ففى المدونة عن ابن القاسم المنع منه وروى ابن حبيب عن مطرف وابن القاسم اجازته اذا شرط رب المال على العامل قاله مالك وقال أشهب ما لم يقصدا فيه استقرار الربح لقلة مال القراض وكثرة المال الآخر وجه ما فى المدونة ما احتج به ابن القاسم من ان رب المال يشترط فى ذلك استقرار الربح بمال العامل والانتفاع به لان التجارة بكثرة المال أشد تأتيا والارباح أغزر وأمكن واذا منع من ذلك صاحب المال وجب أن يكون يمنع العقد وجوده فيه ووجه الرواية الثانية ان اشتراط رب المال له لا تهمة فيه لانه لا يأخذ الاربح ماله * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والذى عندى ان اشتراط رب المال لا تهمة فيه لانه لا يأخذ الاربح ماله النقد من اشتراط العامل له فعله بغير شرط فلم يؤثر اشتراطه غير ما يقتضيه العقد (فرع) فان قلنا بالمنع من ذلك وشرط ذلك رب المال فهل يفسخ أم لا قال أصبغ فيمن أخذ قراضا يشترط أن يخلطه بماله أو على ان شاء خلطه بغير شرط الاول أشد فان فعلا لم يفسخ به القراض فى الوجهين وليس بحرام (مسئلة) والوجه الثانى أن يسلفه صاحب المال ما يزيده فى ثمن السلعة فهذا هو متعد فيه وقال مالك ان رب المال بالخيار بيعت السلعة بربح أو وضيعة أو لم تبع بين أن يأخذ السلعة ويقتضى ما أسلفه فيها وبين أن يكون المقارض شريكا له بحصته من الثمن فى النماء والنقصان بحسب ما زاد العامل فيها من عند نفسه وقال ابن القاسم فى المدونة ان كان ما أسلفه العامل رب المال صبغ به الثياب أو قصرها فان رب المال مخير

* قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فتعدى فاشترى به سلعة وزاد فى ثمنها من عنده قال مالك صاحب المال بالخيار ان بيعت السلعة بربح أو وضيعة أو لم تبع ان شاء أن يأخذ السلعة أخذها وقضاه ما أسلفه فيها وان أبى كان المقارض شريكا له بحصته من الثمن فى النماء أو النقصان بحسب ما زاد العامل فيها من عنده

بين أن يدفع اليه ما أقرضه فيكون على القراض أو يكون شريكاله بما أدى و يكون الربح والخسارة بينهما على ذلك وقال غيرا بن القاسم رب المال مخير بين أن يدفع اليه ما أدى فيكون رب المال شريكا به لمال القراض فان كان نماء أونقص قصر على قيمة الصبغ و رأس المال أو يكون للعامل فيه أجرة المثل و بين أن يضمنه الثياب التي طرزها وقصرها بماله و بين أن يكون العامل شريكاله بقيمة الصبغ من قيمة الثياب وجه قول ابن القاسم ان العامل لما صرف ماصبغ به وقصر في مال القراض كان الظاهر انه انما أسلفه رب المال ليلحقه بالقراض فان رضي ذلك رب المال كان من جملة القراض وان رد ذلك عليه كان العامل شريكاله لانه انما أنفقه وصرفه على وجه التجارة وطلب الربح فيه وليس له أن يضمنه الثياب لانه لم يتعدفيها بل عمل فيها ما كان له أن يعمل و وجه قول الغير ان العامل اذا أسلف رب المال وقبض صاحب المال السلف كان بمنزلة أن يكون رب المال دفع ذلك المال الذي طرز به وصبغ من عنده ولو فعل ذلك لكان شريكا به لمال القراض لانه لم يأذن له في ان يلحقه بالقراض وانما يكون للعامل في ذلك أجر مثله وان أبى رب المال من قبول السلف جازله أن يضمنه الثياب لانه قد تعدى بخلط ماله بمال القراض بعد الشراء به في وقت لا يجوز له خلط ماله به (مسئلة) فان كان ما أسلفه اكترى به على مال القراض فان العامل لا يكون به شريكا وان ذلك له دين في مال القراض فان لم يبق من مال القراض شئ فلا شئ له و وجه ذلك ما احتج به ابن القاسم ان الصبغ يحسب في رأس المال وله حظ من الربح لمن باع مرابحة والكراء لا يحسب له ربح لانه غير سلعة قائمة في البز وانما يكون شريكا بالسلعة القائمة (فرع) فاذا أضاف الى مال القراض ما يكون به شريكا كالصبغ والقصارة فذهب المال الى قدر ما أضاف اليه فانه لا يكون له منه الا بقدر حصته وان كان ما أضافه اليه لا يكون به شريكا كالكراء فتلف المال الا بقدر الكراء فانه أحق به قاله ابن المواز ووجه ذلك ان ثمن الصبغ والقصارة هو به شريك والكراء سلف * قال القاضي أبو الوليد وعندي ان له أخذه من مال القراض لانه قضى عنه ما لزمه كمن قضى عن غيره بغير أمره فيكون له ذلك في مال القراض (مسئلة) والوجه الثالث أن يقرض مال القراض والوجه الرابع أن ينفق ولم يقصد شيأ من ذلك ص ﴿ قال يحيى قال مالك في رجل أخذ من رجل مالا قراضا ثم دفعه الى رجل آخر فعمل فيه قراضا بغير اذن صاحبه انه ضامن للمال ان نقص فعليه النقصان وان ربح فلصاحب المال شرطه من الربح ثم يكون للذي عمل شرطه بما بقي من المال ﴾ ش وهذا كما قال ان من دفع الى رجل مالا قراضا ثم دفعه العامل الى رجل آخر فعمل فيه على القراض دون اذن صاحب المال فانه لا يجوز أن يدفعه اليه وهو على حاله لم ينقص ولم يزد أو يدفعه اليه وقد دخله زيادة أو نقص فان دفعه اليه وهو على حاله فدخله نقص بيد الثاني فالأول ضامن لانه متعد في دفع المال الى غيره فلزمه الضمان بذلك التعدي (مسئلة) فان كان ماله غير ما كان عليه فلا يخلو أن يكون دخله زيادة أو نقص فان دخلته زيادة وكان أعطاه على مثل ما أخذه عليه من القراض فان صاحب المال يقاسم العامل الثاني على حسب ما كان يقاسم عليه الأول ثم يأخذ العامل الأول من الثاني ما كان يأخذه من المال لو قاسم صاحبه يوم دفعه الى الثاني ويكون رأس المال عند الثاني ما دفعه اليه الأول من المال وربحه ويكون للعامل الأول نصيبه من الربح الذي ظهر عنده وأسلمه الى العامل الثاني (مسئلة) ولو دخل المال نقص بيد العامل الأول ثم أخذه الثاني على مثل ذلك الربح فربح فعند ابن القاسم ان رأس المال بيد الثاني ما كان رأس المال

* قال يحيى قال مالك في رجل أخذ من رجل مالا قراضا ثم دفعه الى رجل آخر فعمل فيه قراضا بغير اذن صاحبه انه ضامن للمال ان نقص فعليه النقصان وان ربح فلصاحب المال شرطه من اربح ثم يكون للذي عمل شرطه بما بقي من المال

عند الأول وعند الغير ان رأس المال هو ما صار الى العامل الثاني من المال وذلك مثل أن يكون رأس المال ثمانين فيضيع منه عند العامل الأول أربعون ويدفع الى العامل الثاني أربعين فصارت بعمل الثاني مائة فقد قال ابن القاسم في المدونة ان صاحب المال يأخذ رأس ماله ثمانين ونصف ما بقي باسم الربح وذلك عشرة ويأخذ العامل الثاني العشرة الباقية ويرجع على العامل الاول ببقية ماله من الربح لان الربح في حقه ستون له منها النصف وذلك ثلاثون قال سحنون وقال غيره بل رأس المال ما بيد العامل وذلك أربعون ثم يأخذ نصف الربح وذلك ثلاثون ثم يرجع صاحب المال على العامل الاول وان كان أتلف الاربعين بعد أخذها منه فيكمل له مائة وعشرة وان كانت تلفت بغير نقد رجع عليه بعشرين وقد أخذ سبعين فيكمل عنده رأس ماله وربحه تسعين ووجه قول ابن القاسم ان أصل المال وربحه على ملك صاحب المال فهو أحق به من العامل حتى يستوفي رأس ماله وربحه على ما أعطاه عليه ويد العامل ليست بيد تملك ولا مسلم اليها بحق بل انما صار اليه المال بالتعدي وهو مقر بأصل المال وان كان أتلف الأربعين منه وربحه لصاحبه وهذا هو الظاهر من قول مالك في الاصل ان لصاحب المال شرطه من الربح ثم يكون للذي عمل شرطه مما بقي من المال فجعل صاحب المال مقدما بأخذ ماله بأصل عقد القراض وما شرطه فيه ثم يأخذ بعده العامل الثاني لأن ثم للترتيب والله أعلم ووجه قول الغير ان المال بيد العامل الثاني على وجه القراض فكان أحق بما يدعيه من ربحه كما لو اختلف العامل وصاحب المال في الربح فان القول قول العامل والله أعلم (مسئلة) فان أخذ المال العامل الثاني على غير الجزء الذي أخذه عليه العامل الاول وذلك مثل أن يأخذه الاول على النصف فيدفعه الى الثاني على الثلثين ففي المدونة قال ابن القاسم هو ضامن عند مالك فان ربح الثاني فرب المال أولى بثلثي الربح بجميع نصف الربح والعامل الثاني النصف ثم يرجع على العامل الاول بالسدس الذي بقي له ويجيء على قول الغير ان العامل الثاني أولى بثلثي الربح ثم يرجع صاحب المال على العامل الاول بتمام ما يجب له من الربح والله أعلم

(فصل) وقوله ان ربح فلصاحب المال شرطه من الربح يريد انه أولى به من العاملين على ما تقدم وقوله ثم يكون للذي عمل شرطه مما بقي من المال يريد انه انما يأخذ بعد استيفاء صاحب المال ما شرطه فيأخذ هذا ما شرط أيضا من باقي المال وذلك يكون على وجهين أحدهما أن يكون في المال ربح من تجارته فيأخذه وهذا انما يكون اذا قبض الثاني رأس المال كاملا فتكون من في قوله مما بقي زائدة والوجه الثاني أن يكون أخذه وفيه نماء وتجارة الاول فيأخذ الثاني ماله من الربح الذي ربحه من جملة الربح الذي له وللعامل الاول فتكون من في قوله مما بقي للتبعيض وأما لو أخذه الثاني من الاول وقد نقص عن رأس المال لما كان فيما بقي ما يستوفي منه حصته من الربح ويرجع بما بقي من حصته على العامل الاول وبالله التوفيق ص ﴿ قال مالك في رجل تعدى فتسلف مما بيديه من القراض مالا فابتاع به سلعة لنفسه * قال مالك ان ربح فالربح على شرطهما في القراض وان نقص فهو ضامن للنقصان * قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فاستسلف منه المدفوع اليه المال مالا واشترى به سلعة لنفسه ان صاحب المال بالخيار ان شاء أشركه في السلعة على قراضها وان شاء خلى بينه وبينها وأخذ منه رأس المال كله وكذلك يفعل بكل من تعدى ﴾ ش وهذا كما قال ان من أخذ مالا على وجه القراض فتعدى ما أمر به واستسلف لينفرد بربحه فان ذلك لا يخلو من أن يظهر عليه قبل أن يبيع ما اشتراه به أو بعد ذلك فان كان قبل أن يبيعه فان الذي دفعه اليه بالخيار بين أن يرده الى

* قال مالك في رجل تعدى فتسلف مما بيديه من القراض مالا فابتاع به سلعة لنفسه * قال مالك ان ربح فالربح على شرطهما في القراض وان نقص فهو ضامن للنقصان * قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فاستسلف منه المدفوع اليه المال مالا واشترى به سلعة لنفسه ان صاحب المال بالخيار ان شاء أشركه في السلعة على قراضها وان شاء خلى بينه وبينها وأخذ منه رأس المال كله وكذلك يفعل بكل من تعدى

القراض الذى عقداه بينهما أو يسلمه اليه و يضمنه رأس المال وان علم بذلك بعد البيع فان كان ربح فهو بينهما على ماشرطاه من القراض وان كان فيه نقص ضمنه العامل المتعدى ووجه ذلك أن من أخذ مالا على وجه التنمية فليس له أن يصرفه عن ذلك الوجه الى ماينفرد بمنفعته لان ذلك تصرف فى مال الغير بغير اذنه ولا وجه نظر له فان فعل فهو متعد يكون الدافع بالخيار بين أن يصرفه الى ذلك الوجه الذى دفعه عليه و بين أن يمضى له تعديه و يضمنه المال وكذلك المبضع معه

(فصل) وقوله فى الذى اشترى السلعة لنفسه ان صاحب المال بالخيار ان شاء تركه وان شاء خلى بينه و بينها وهذا كما قال ان من دفع اليه مال على وجه القراض فتعدى ما أمر به فاستسلفه واشترى به سلعة ينفرد بها فان لصاحب المال أن يتركه فى السلعة ومعنى ذلك أن يردها الى مال القراض فيكون ربحها بينهما على حكم ماعقدا عليه القراض وانما أطلق لفظ الشركة لان الغالب من صاحب المال أنه لا يرغب فى السلعة الا اذا كان فيها ربح و بذلك يكون للعامل فيها شرك

(فصل) وقوله وان شاء خلى بينه و بينها وأخذ منه رأس ماله يريد انه يلزمه اياها و يضمنه ثمنها وهو رأس ماله فيها ويكون أخذه منه بأن يجعله مع مال القراض ويكون بأن ينزع منه مال القراض ان كانت السلعة جميع مال القراض لانه اذا أغرمه الثمن صار عينا فكان له أخذ ماله منه ولو كان معظم مال القراض عروضا لم يكن له أخذ ذلك منه حتى يتم عمله فيه

﴿ مايجوز من النفقة فى القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا انه اذا كان المال كثيرا يحمل النفقة فاذا شخص فيه العامل فان له أن يأكل منه و يكتسى بالمعروف من قدر المال و يستأجر من المال اذا كان كثيرا لايقوى عليه بعض من يكفيه بعض مؤنته ومن الأعمال أعمال لايعملها الذى يأخذ المال وليس مثله يعملها من ذلك تقاضى الدين ونقل المتاع وشده وأشباه ذلك فله أن يستأجر من المال من يكفيه ذلك وليس للقارض أن يستنفق من المال ولا يكتسى منه ما كان مقيما فى أهله انما يجوز له النفقة اذا شخص فى المال وكان المال يحمل النفقة فان كان انما يتجر فى المال فى البلد الذى هو به مقيم فلا نفقة له من المال ولا كسوة ﴾ ش وهذا كما قال ان من دفع الى رجل مالا على وجه القراض فلا يخلو أن يكون كثيرا أو قليلا فان كان كثيرا وكان يعمل به فى الحضر فلا يخلو أن يكون فى موضع استيطان العامل أو فى غير موضع الاستيطان فان كان فى موضع استيطانه فلا نفقة له فيه ولا كسوة ولا مؤنة لان مقامه ليس بسبب المال وانما هو لموضع استيطانه فكانت نفقته عليه وان كان فى غير موضع استيطانه وانما يقيم به للعمل بالمال فان له فيه النفقة والكسوة والمؤنة لان المال شغله عن الرجوع الى وطنه فأوجب مقامه فى غير بلده قاله ابن القاسم (مسئلة) فان كان له أهل بذلك البلد وأهل ببلد آخر مستوطنا للجهتين فلا نفقة له ما أقام بالمال فى أحد البلدين لان مقامه بموضع استيطانه وذلك يمنع أن تكون نفقته فى مال القراض وروى ابن البرقى عن أشهب فى الذى له أهل ببلد صاحب المال وأهل حيث يسافر اليه وان له النفقة فى ذهابه ورجوعه ولا نفقة له فى مقامه فى أحد الموضعين ووجه ذلك أن مسافر السفر ليست بموضع استيطان له فكانت له فيها النفقة (مسئلة) وان كانت تجارته فى السفر فلا يخلو أن يكون السفر من اسفار القرب كالحج والغزو أو من غير اسفار القرب فان كان من اسفار القرب فالذى عليه جمهور أصحابنا انه لا نفقة له فى مال

﴿ مايجوز من النفقة فى القراض ﴾
* قال يحيى قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا انه اذا كان المال كثيرا يحمل النفقة فاذا شخص فيه العامل فان له أن يأكل منه ويكتسى بالمعروف من قدر المال ويستأجر من المال اذا كان كثيرا لا يقوى عليه بعض من يكفيه بعض مؤنته ومن الأعمال أعمال لا يعملها الذى يأخذ المال وليس مثله يعملها من ذلك تقاضى الدين ونقل المتاع وشده وأشباه ذلك فله أن يستأجر من المال من يكفيه ذلك وليس للقارض أن يستنفق من المال ولا يكتسى منه ما كان مقيما فى أهله انما يجوز له النفقة اذا شخص فى المال وكان المال يحمل النفقة فان كان انما يتجر فى المال فى البلد الذى هو به يقيم فلا نفقة له من المال ولا كسوة

القراض ذاهبا ولا راجعا وان كان مقصوده التجارة وقال ابن المواز له النفقة فيه ذاهبا وراجعا وجه قول مالك والجماعة أن هذه مسافة تقطع على وجه البر والقربة فيجب أن يخلص لذلك وان كان القصد والغرض فيه لم يجز أن تكون نفقته في مال القراض لان السفر لسبب غيره فانه لا تجب النفقة فيه وان كان الخروج له كالسفر الى موضع الاستيطان ووجه ما قاله ابن المواز قوله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم قال أهل التفسير معناه التجارة في الحج ومن جهة المعنى أن هذا سفر مقصده بمال القراض الى موضع غير استيطان فكانت نفقته في كثيره كالو أراد سفرا مع السفر للقراض (مسئلة) فان لم يكن السفر من أسفار القربة الا أنه أراد حاجة من تجارة أو غيرها في بلد فلما تجهز أعطاه رجل مالا قراضا فأراد أن يسافر معه فهل له نفقة في مال القراض أولا روى ابن القاسم عن مالك له نفقته في مال القراض وروى ابن عبد الحكم لا نفقة له فيه واختاره ابن المواز وجه رواية ابن القاسم ان هذا مال حصلت تنميته بسفر عرا عن القربة والتوجه الى الوطن فكانت نفقة العامل فيه كالو سافر الى أهله (فرع) فاذا قلنا برواية ابن عبد الحكم ان سفره لم يكن بسبب هذا المال فلم تكن نفقة العامل فيه كالو سافر الى أهله (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم فكيف تكون له النفقة ينظر فان كان أراد الخروج بمال للتجارة له أو لغيره فان نفقته تفض على المالين جميعا وان أراد الخروج لحاجة نظر الى قدر نفقته في طريقه فان كانت مائة وكان مال القراض تسعمائة فان على مال القراض من نفقته تسعة أعشارها وعليه عشرها (مسئلة) وان سافر بمال القراض الى بلد هو به مستوطن فلا نفقة له في الذهاب وله النفقة في الاياب ووجه ذلك ان غرضه في الذهاب الى أهله منعه النفقة من مال القراض ولا غرض له في رجوعه الا تنمية المال فكانت نفقته فيه وليس كذلك السفر الى الغزو فان غرضه في الذهاب الغزو وغرضه في الرجوع الخروج من بلد الكفر فمنع ذلك النفقة وقد روى ابن البرقي عن أشهب فيمن كان له أهل ببلد صاحب المال وأهل حيث يسافر ان له النفقة في ذهابه ورجوعه ولا نفقة له في مقامه في الموضعين والذي قاله مالك لا نفقة له في الذهاب ولا الاياب ووجه قول أشهب قد تقدم (مسئلة) ولا يخلو أن يكون السفر بعيدا أو قريبا فان كان السفر بالمال قريبا مثل دمياط في مثل من يخرج لشراء صوف أو سمن الا أن يكون ممن يريد المقام لشراء الحبوب وغيرها الشهرين والثلاثة فان ذلك سفر وان قرب المكان فانه يأكل ويكتسي فروى عيسى عن ابن القاسم انه يأكل ولا يكتسي ورواه ابن حبيب عن مالك وقد يكترى منه مركوبا ووجه ذلك أن النفقات التي تختص لقريب المدة يلزم هذا السفر لقربه كالاكل والركوب فان هذه المعاني يحتاج اليها في قريب السفر لقصر مدته لأنه لا يشترى كسوة ليوم ولا ليومين (مسئلة) وان كان السفر بعيدا فللعامل في مال القراض مؤنته المعتادة من نفقته وكسوته وكراء مسكن ودخول حمام وحجامة وحلق رأس وغسل ثوب وغير ذلك من الامور المعتادة التي لا ينفك عنها الانسان رواه أشهب عن مالك في الحجامة والحمام وقال أبو حنيفة ليس له أن ينفق في حجامة وحمام والدليل على صحة ما نقوله ان هذا مما لا ينفك عنه مسافر في حضر فكان ذلك من مال القراض أصله ما يأكل ويكتسي به وأما الدواء فليس في مال القراض لأنه من الامور التي لا تستعمل على معتاد العادة وانما تستعمل على وجه الضرورة والحاجة التي ليست بمعتادة (مسئلة) ونفقته في ذلك على قدر حاله وحال المال لأن هذه نفقة يعتبر فيها كثرة المال وقلته فوجب أن يعتبر فيها حال من ينفق

عليه كنفقة الزوجات وأما الكسوة فان الذى يلزم مال القراض من كسوة العامل كسوة مثله فى مقامه وسفره وقال القاضى أبو محمد ان الذى له من الكسوة التى لولا الخروج بالمال لم يحتج اليها والاول أصح لأن ماقاله يبطل بالنفقة للأكل والشرب لأن هذا مما لا يدخله عليه السفر بالمال ومع ذلك فانه يجعله فى المال (فرع) وكم مبلغ المال الكثير روى ابن المواز عن مالك فى القراض والبضاعة خمسين دينارا أو أربعين ان نفقة العامل والمبضع معه وكسوتهما فى بعيد السفر وفى السفر القريب نفقته دون كسوته (مسئلة) فان كان المال يسيرا لا يحمل مؤنة العامل فيه فقد قال مالك ليس للعامل فيه نفقة ولا كسوة فى بعيد السفر ولا قريبه ووجه ذلك أن المال اليسير لا يحتمل النفقة ولا يقصد بسببه السفر (مسئلة) فان شرط رب المال على العامل أن لا ينفق من المال الذى يحتمل النفقة فى سفر بعيد ففى كتاب محمد عن مالك لا يجوز قال ابن القاسم فان وقع فهو أجير ووجه ذلك أن صاحب المال اشترط زيادة لا يقتضيها مطلق عقد القراض فوجب أن يفسد القراض كما لو اشترط فى ذلك المقدار من الربح لنفسه خالصا

(فصل) وقوله ويستأجر من المال اذا كان كثيرا لا يقوى عليه بعض من يكفيه بعض مؤنته يريد اذا كان المال كثيرا جاز له أن يستأجر منه من يعينه على حفظه والقيام به لأن هذا سنة هذا المال فى القراض والله أعلم

(فصل) وقوله ومن الاعمال أعمال لا يعملها الذى يأخذ المال وليس مثله يعملها يريد أن بعض الاعمال لا يعملها المقارض من القصارة والصبغ والخياطة وانما جرت العادة أن يعملها الصناع ومنها ما لا يعملها مثل المقارض وان كانت مما يمكن أكثر الناس عملها كالشد والطى والنقل فمثل هذا يحكم فيه بالمعتاد المعروف وقد يكون من العمال من له الحال والمعروف والتصاون فيحمل على عادته

(فصل) وقوله وتقاضى الدين يريد حقه والمطالبة به وأما قبضه فهو مما يختص به العامل ويحتمل أن يريد به قبض الاجير المأمون الدراهم اليسيرة فيأتيه بها وما أشبه ذلك والله أعلم ص ﴿ قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فخرج به وبمال نفسه قال يجعل النفقة من القراض ومن ماله على قدر حصص المال ﴾ ش وهذا كما قال اذا سافر العامل بمال القراض وبمال آخر وأنشأ السفر لهما فان نفقته ومؤنته مقسطة عليهما لأن سفره كان بسببهما وقد اختلف أصحابنا فى مطلق عقد القراض هل يقتضى السفر بالمال فالمشهور من مذهب مالك ان ذلك مباح للعامل بمطلق العقد وبه قال الشافعى وهى رواية عن أبى حنيفة وقال ابن حبيب ليس له ذلك الا باذن رب المال وقد روى ذلك عن أبى حنيفة ووجه القول الاول أن اسم العقد مأخوذ منه لأن المضاربة مأخوذة من الضرب فى الارض قال الله تعالى وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله فاذا كان معنى المضاربة السفر فمحال أن ينافيه مطلق عقد المضاربة ومن جهة المعنى أن هذا وجه مقصود من وجوه التنمية أصل ذلك سائر أنواع التجارة ووجه القول الثانى ان هذا مأذون له فى الشراء بعقد جائز فلم يكن له السفر بمطلق العقد كالوكيل على الشراء (فرع) فاذا قلنا بالقول الاول فهل يختص ذلك بقدر من المال المشهور من مذهب مالك أن ذلك سواء فى قليل المال وكثيره وقال سحنون أما المال اليسير فليس له أن يسافر به سفرا بعيدا الا باذن ربه ووجه ذلك أن المال اليسير لا يحتمل الانفاق منه فى السفر فلم يقتض سفرا ينفق العامل فيه من مال القراض والله أعلم

* قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فخرج به وبمال نفسه قال يجعل النفقة من القراض ومن ماله على قدر حصص المال

﴿ مالايجوز من النفقة فى القراض ﴾ * قال يحيي قال مالك فى رجل معه مال قراض فهو يستنفق منه ويكتسى انه لايهب منه شيأ ولايعطى منه سائلا ولا غيره ولايكافئ فيه أحدا فأما ان اجتمع هو وقوم فجاؤا بطعام وجاء هو بطعام فأرجو أن يكون ذلك واسعا اذا لم يتعمد أن يتفضل عليهم فان تعمد ذلك أومايشبهه بغيراذن صاحب المال فعليه أن يتحلل ذلك من رب المال فان حلله ذلك فلا بأس به وان أبى أن يحلله فعليه أن يكافئه بمثل ذلك ان كان ذلك شيأ له مكافأة

﴿ الدين فى القراض ﴾

* قال يحيي قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فاشترى به سلعة ثم باع السلعة بدين فربح فى المال ثم هلك الذى أخذ المال قبل أن يقبض المال قال ان أراد ورثته أن يقبضوا ذلك المال وهم على شرط أبيهم من الربح فذلك لهم اذا كانوا أمناء على ذلك المال وان كرهوا أن يقتضوه وخلوا بين صاحب المال وبينه لم يكلفوا أن يقتضوه ولاشئ عليهم ولا شئ لهم اذا أسلموه الى رب المال فان اقتضوه فلهم فيه من الشرط والنفقة مثل ما كان لأبيهم فى ذلك هم فيه بمنزلة أبيهم فان لم يكونوا أمناء على ذلك لهم أن يأتوا بأمين ثقة فيقتضى ذلك المال فاذا اقتضى جميع المال وجميع الربح كانوا فى ذلك بمنزلة أبيهم

﴿ مالايجوز من النفقة فى القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيي قال مالك فى رجل معه مال قراض فهو يستنفق منه ويكتسى انه لايهب منه شيأ ولايعطى منه سائلا ولا غيره ولا يكافئ فيه أحدا فأما ان اجتمع هو وقوم فجاؤا بطعام وجاء هو بطعام فأرجو أن يكون ذلك واسعا اذا لم يتعمد أن يتفضل عليهم فان تعمد ذلك أومايشبهه بغير اذن صاحب المال فعليه أن يتحلل ذلك من رب المال فان حلله ذلك فلا بأس به وان أبى أن يحلله فعليه أن يكافئه بمثل ذلك ان كان ذلك شيأ له مكافأة ﴾ ش وهذا كما قال ان من كانت نفقته وكسوته فى مال القراض فليس له أن يتعدى ذلك الى الهبة منه والتفضل على الناس وأما قوله ولايعطى منه سائلا ولا غيره فيحتمل أن يريد بذلك انه لايعطى منه من سأل الدراهم والثياب وأما أن يعطى منه الكسوة والقطعة للسائل الراضى بالدون المتكفف للناس فلا بأس بذلك

(فصل) وقوله فأما ان اجتمع هو وقوم فجاؤا بطعام وجاء هو بطعام فأرجو أن يكون ذلك واسعا اذا لم يتعمد أن يتفضل عليهم يريد أن يفعل هو وأصحابه ورفقاؤه وما جرت به عادة الرفقاء أن يتخارجوه فى النفقات فيخرج كل انسان منهم بقدر مايتعاونون فيه ثم ينفقون منه فى طعامهم وغير ذلك مما تدعو الحاجة اليه فان ذلك جائز وان كان منهم من يأ كل فى بعض الأوقات أكثر من صاحبه ومن يصوم فى يوم دون رفقائه لان ذلك مما تدعوا الحاجة اليه فى السفر لان انفراد كل انسان منهم بتولى طعامه يشق عليه ويشغله عما هو بسببه من أمر سفره فاذا ترافق جماعة تولى كل انسان منهم من العمل لنفسه ولأصحابه مايرتفق به الجماعة وعلى ذلك كان الصحابة وعمل المسلمين الى هلم جرا لايعد ذلك تفضلا من بعضهم على بعض وكذلك ان مايرتفق به الجماعة جاء كل واحد منهم بطعام فأكلوا جميعا فى سفرهم وان كان بعض ذلك أكثر من بعض ولايعد ذلك تفضلا من العامل اذا كان من الأمر المعروف وانما يكون تفضلا اذا أتى بأمر يستنكر من ذلك ويخرج عن العادة فهذا لايجوز للعامل فعله لانه ليس فيه تنمية لمال التجارة فان فعل شيأ من ذلك وجب عليه أن يتحلل من صاحب المال اما بأن يجعله فى حل ويمضى فعله واما بأن يحتسب بقدر التفضل على نفسه

﴿ الدين فى القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيي قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فاشترى به سلعة ثم باع السلعة بدين فربح فى المال ثم هلك الذى أخذ المال قبل أن يقبض المال قال ان أراد ورثته أن يقبضوا ذلك المال وهم على شرط أبيهم من الربح فذلك لهم اذا كانوا أمناء على ذلك المال وان كرهوا أن يقتضوه وخلوا بين صاحب المال وبينه لم يكلفوا أن يقتضوه ولاشئ عليهم ولاشئ لهم اذا أسلموه الى رب المال فان اقتضوه فلهم فيه من الشرط والنفقة مثل ما كان لأبيهم فى ذلك هم فيه بمنزلة أبيهم فان لم يكونوا أمناء على ذلك فان لهم أن يأتوا بأمين ثقة فيقتضى ذلك المال فاذا اقتضى جميع المال وجميع الربح كانوا فى ذلك بمنزلة أبيهم ﴾ ش وهذا كما قال ان العامل اذا توفى بعد أن يشغل مال القراض فان حق عمله فيه يكون لورثته فليس لرب المال أن ينتزعه من ورثته بعد

ذلك لان ذلك حق لهم فى المال انتقل اليهم عن مورثهم (مسئلة) وشغل المال أن يشترى بجميعه أو بالأكثر منه وليس لصاحب المال بعد ذلك أن يأخذه من ورثته ان أرادوا العمل فيه الا بعد أن يعملوا فيه بمقدار ما كان لمورثهم لانهم قد حلوا محله (مسئلة) فأما اذا اشترى به زاده وكسوته أو اكترى راحلة ليسافر ثم توفى قبل أن يسافر فان لرب المال أن يأخذ ماله ويأخذ ما ابتاع من نفقة وكسوة ولا رجوع له فى مال الميت ان دخل ذلك نقص عما ابتاعه به وليس للورثة أن يقولوا لابد أن نعمل فيه لان مورثهم لو كان حيا لم يكن له ذلك لان حقه لم يتعلق بعد به (مسئلة) وأما ان سافر به ولم يبتع به شيأ فروى ابن المواز لرب المال ان مات وقد سافر العامل بالمال فليس للوارث انتزاعه منه وان التزم نفقته وروى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية ان العامل اذا أشخص بالمال ثم أخذه منه صاحب المال ان نفقته فى الرجوع على رب المال فعلى رواية محمد ان السفر عمل فى مال القراض وعلى رواية أبى زيد ليس ذلك بعمل وجه القول الأول ان التجارة عمل مقصود وتصرف معتاد للتجارة فمنع أخذ مال القراض كالشراء والبيع ووجه القول الثانى ان المال باق على حاله لم يتغير فكان لرب المال أخذه أصله اذا لم يسافر

(فصل) وقوله فاذا اشترى سلعا فباعها بربح يريد ان صاحب المال أذن له فى البيع بالدين لان صاحب المال يجوز له أن يأذن فى أن يبيع بالدين والعرض ولا يجوز أن يأذن له أن يبتاع بدين عليه ووجه ذلك انه اذا باع بدين لم تخرج تجارته عن مال القراض واذا اشترى بدين خرج عنه عن مال القراض فيعود ذلك بالجهل برأس مال القراض بزيادة يزدادها على العامل (مسئلة) وليس للعامل أن يبيع بنسيئة الا باذن رب المال خلافا لأبى حنيفة فى قوله ذلك بمطلق العقد ودليلنا على صحة ما نقوله ان هذا عقد يقتضى الأمر بالبيع والشراء فلم يقتض مطلقه الأجل كالوكالة على البيع والشراء (مسئلة) فان شرط البيع بالنسيئة فهو على ضربين أحدهما أن يشترط على العامل وذلك غير جائز لانها زيادة عمل على العامل اشترطه رب المال والثانى أن يأذن له فيه فان ذلك جائز فان باع به ثم فسخا القراض كان على العامل قبض الديون كان فى المال ربح أو خسارة وبه قال الشافعى قال أبو حنيفة ان كان فى المال ربح لزمه قبض الديون فان لم يكن فى المال ربح لم يلزمه ذلك والدليل على ما نقوله ان هذا دين من مال القراض فلزم العامل قبضه أصله اذا كان فى المال ربح

(فصل) وقوله ثم هلك الذى أخذ المال قبل أن يقبض المال يريد هلك العامل قبل أن يقبض ما باع بالدين فان لورثته أن يقبضوا ذلك المال ولهم فيه شرط أبيهم يريد من قدر الربح وغير ذلك من النفقة والكسوة ان وجب ذلك

(فصل) وقوله اذا كانوا أمناء على ذلك وصفة العامل الذى يرفع المال من الورثة أو من غيرهم أن يكون مأمونا على مثله عالما بالعمل فيه والحفظ له لان ذلك كله من الصفات المعتبرة فى العامل لانه ان كان مأمونا ولم يكن بصيرا بالعمل والتجارة خسر فى المال ولم ينتفع بأمانته (مسئلة) فان لم يكونوا أمناء ولم يأتوا بأمين وأراد وا ترك العمل لم يكن لهم من ربحه شئ ولا كان عليهم من خسارته قليل ولا كثير ولا كلفوا قبضه ولا صرفه عينا والفرق بينهم وبين العامل اذا شغل المال بسلع ليس له ترك المال حتى يصيره عينا ان العامل قد التزم ذلك وهؤلاء لم يلتزموا انما لهم ما ترك مورثهم من حق وليس عليهم ما ترك من عمل ودين العامل ما عليه من الحقوق كماله استيفاء ماله منها والله أعلم

* قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا على أنه يعمل فيه فاباع به من دين فهو ضامن له ان ذلك لازم له ان باع بدين فقد ضمنه
﴿ البضاعة فى القراض ﴾ * قال يحيى قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا واستسلف من صاحب المال سلفا أو استسلف منه صاحب المال سلفا أو أبضع معه صاحب المال بضاعة يبيعها له أو بدنانير يشترى له بها سلعة * قال مالك ان كان صاحب المال أبضع معه وهو يعلم أنه لو لم يكن ماله عنده ثم سأله مثل ذلك فعله لاخاء بينهما أو ليسارة مؤنة ذلك عليه ولو أبى ذلك عليه لم ينزع ماله منه أو كان العامل انما استسلف من صاحب المال أو حمل له بضاعته وهو يعلم أنه لو لم يكن ماله عنده فعل له مثل ذلك ولو أبى ذلك عليه لم يردد عليه ماله فاذا صح ذلك منهما جميعا وكان ذلك منهما على وجه المعروف ولم يكن شرطا فى أصل القراض فذلك جائز لا بأس به وان دخل ذلك شرط أو خيف أن يكون انما صنع ذلك العامل لصاحب المال ليقر ماله فى يديه أو انما صنع ذلك صاحب المال لأن يمسك العامل ماله ولا يرده عليه فان ذلك لا يجوز فى القراض وهو مما ينهى عنه أهل العلم

﴿ السلف فى القراض ﴾

* قال يحيى قال مالك فى رجل أسلف رجلا مالا ثم سأله الذى تسلف المال أن يقره عنده قراضا * قال مالك لا أحب ذلك حتى يقبض ماله منه ثم يدفعه اليه قراضا ان شاء أو يمسكه * قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فأخبره أنه قد اجتمع عنده وسأله أن يكتبه عليه سلفا قال لا أحب ذلك حتى يقبض منه ماله ثم يسلفه اياه ان شاء أو يمسكه وانما ذلك مخافة أن يكون قد نقص فيه فهو يحب أن يؤخره عنه على أن يزيده فيه ما نقص منه فذلك مكروه ولا يجوز ولا يصلح

ص ﴿ قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا على أنه يعمل فيه فاباع به من دين فهو ضامن له ان ذلك لازم له ان باع بدين فقد ضمنه ﴾ ش وهذا كما قال لانه اذا شرط عليه الا يبيع بالدين وباع به انه ضامن ان كانت فيه خسارة لانه متعد وكذلك لو اشترط عليه أن لا يبيع بالدين ولم يأذن له فيه وان كان فيه ربح فهو بينهما على شرطهما لان تعديه فى بيعه بالدين لا يسقط حقه من الربح والله أعلم

﴿ البضاعة فى القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا واستسلف من صاحب المال سلفا أو استسلف منه صاحب المال سلفا أو أبضع معه صاحب المال بضاعة يبيعها له أو بدنانير يشترى له بها سلعة * قال مالك ان كان صاحب المال أبضع معه وهو يعلم أنه لو لم يكن ماله عنده ثم سأله مثل ذلك فعله لاخاء بينهما أو ليسارة مؤنة ذلك عليه ولو أبى ذلك عليه لم ينزع ماله منه أو كان العامل انما استسلف من صاحب المال أو حمل له بضاعة وهو يعلم أنه لو لم يكن ماله عنده فعل له مثل ذلك ولو أبى ذلك عليه لم يردد عليه ماله فاذا صح ذلك منهما جميعا وكان ذلك منهما على وجه المعروف ولم يكن شرطا فى أصل القراض فذلك جائز لا بأس به وان دخل ذلك شرط أو خيف أن يكون انما صنع ذلك العامل لصاحب المال ليقر ماله فى يديه أو انما صنع ذلك صاحب المال لان يمسك العامل ماله ولا يرده عليه فان ذلك لا يجوز فى القراض وهو مما ينهى عنه أهل العلم ﴾ ش وهذا كما قال ان من أبضع أحدهما مع صاحبه أو تسلف منه بشرط كان فى أصل القراض فان ذلك غير جائز لان ذلك زيادة ازدادها فى القراض ليست من الربح فلم يصح ذلك فان فعل ذلك من غير شرط ولكنه فعله بعد عقد القراض فلا يخلو أن يكون ذلك بعد العمل فى المال أو قبله فان كان بعد العمل وكان ذلك لاخاء بينهما ومودة فهو جائز وان كان لابقاء القراض واستدامته فهو من باب الهدنة لابقاء القراض وذلك ممنوع وان كان قبل العمل فروى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية فى العامل يسافر بمال القراض فيقول لصاحبه لا أنفق من مالك انه ان كان المال عينا بعد فلا يجوز وان كان بعد الشراء أو الشخوص به فهو جائز لان المال اذا كان عينا بعد ففيه تهمة

﴿ السلف فى القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك فى رجل أسلف رجلا مالا ثم سأله الذى تسلف المال أن يقره عنده قراضا * قال مالك لا أحب ذلك حتى يقبض ماله منه ثم يدفعه اليه قراضا ان شاء أو يمسكه * قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فأخبره أنه قد اجتمع عنده وسأله أن يكتبه عليه سلفا قال لا أحب ذلك حتى يقبض منه ماله ثم يسلفه اياه ان شاء أو يمسكه وانما ذلك مخافة أن يكون قد نقص فيه فهو يحب أن يؤخره عنه على أن يزيده فيه ما نقص منه فذلك مكروه ولا يجوز ولا يصلح ﴾ ش

أما الفصل الأول فقد مضى الكلام فيه وأما الفصل الثاني فهو على ما قال انه اذا عمل العامل بالمال مدة ثم أخبر رب المال بمبلغه وسأله أن يقره عنده فان ذلك لا يجوز حتى يقبضه منه قبضا ناجزا ثم ان شاء أن يرده اليه قراضا فعل لما قدمه من تجويز أن يكون قد دخله نقص فيؤخره عنه ليضمن له النقص فيه فيدخله السلف للزيادة ويدخله أيضا فسخ دين في دين لان للقراض بعض التعلق بذمته لانه لو ادعى الخسارة فيه ولم يبين وجهها فقد قال بعض أصحابنا انه يضمن ولو ادعى تبرئة لم يضمن واذا أسلفه اياه فقد تعلق بذمته على غير الوجه الذي كان متعلقا به فهو من باب فسخ الدين في الدين (مسئلة) وأما ان أحضر العامل المال فسأل صاحبه أن يخليه عنده قراضا ففي كتاب ابن المواز عن مالك لا يجوز ذلك حتى يقبضه منه ثم يسلفه ان شاء ويجيء على قول ابن حبيب ان حضور المال بمنزلة قبضه أن ذلك جائز

﴿ المحاسبة في القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فعمل فيه فربح فأراد أن يأخذ حصته من الربح وصاحب المال غائب قال لا ينبغي له أن يأخذ منه شيأ الا بحضرة صاحب المال وان أخذ شيأ فهو له ضامن حتى يحسب مع المال اذا اقتسماه * قال مالك لا يجوز للمتقارضين أن يتحاسبا ويتفاصلا والمال غائب عنهما حتى يحضر المال فيستوفي صاحب المال رأس ماله ثم يقتسمان الربح على شرطهما ﴾ ش وهذا كما قال انه ليس للعامل أن يأخذ حصته من الربح الا بحضرة رب المال وحضرة المال لان أخذه حصته منه مقاسمة فيه ولا يجوز أن يتقاسما ربح القراض الا بعد أن يحصل رأس المال (مسئلة) ولو حضر المال وصاحبه فأمره أن يأخذ منه حصته من الربح ويبقى الباقي عنده على وجه القراض أو تقاسما الربح ويبقى رأس المال عنده على وجه القراض ولم يقبضه منه فقد قال ابن القاسم لا يصلح ذلك حتى يقبضه منه ووجه ذلك ان بقاء المال بيد العامل لا يكون الا على الوجه الذي قبضه عليه ولا يخرجه عن ذلك الا قبضه منه لان وجه الصحة في القراض أن يجبر رأس المال بربحه ولو أمضينا ما اتفقا عليه ما اقتسماه من الربح على أن يجبر به رأس مال القراض ان دخله نقص وذلك غير جائز كما لو شرطاه (فرع) ولو عملا ذلك فمن قبض منهما شيأ من الربح ثم نقص رأس المال فانه يرد ما قبض ليجبر به رأس المال ووجه ذلك رد الربح على ما بنيا عليه عقد القراض الصحيح حين عقداه (مسئلة) ولو أخذ رب المال رأس ماله وبقي الباقي بيد العامل على القراض فروى أبو زيد عن ابن القاسم ان ذلك غير جائز وهي الآن شركة لا تصلح الا أن يعملا فيها جميعا ووجه ذلك انه اذا أخذ رأس ماله فقد بقي الباقي ملكا لهما لانه ليس عمله عن رأس مال فهما شريكان ومقتضى الشركة عمل الشريكين (مسئلة) وصفة القسمة أن يحضر المال فيأخذ صاحب المال من العين مثل ما دفع أو يأخذ به سلعة ان اتفقا على ذلك ثم يقتسمان الباقي عينا أو سلعا ان اتفقا على ذلك حكاه ابن حبيب عن مالك زاد ابن مزين لا ربح لواحد منهما حتى يحضر المال حضور صحة ويأخذه صاحبه أخذ مفاصلة وقطع لما بينهما ثم ان بدا له أن يرده اليه قراضا فهو الذي يفصل بين القراض الثاني والاول فأما أن يحضر ويقبضه صاحبه قبضا على غير صحة ومفاصلة بانقطاع ثم يرده اليه في المجلس وفي الفور قراضا فهذا بمنزلة ما لم يحضر ولم يقبض وهو قراض واحد يجبر الآخر بالاول ان جاءت فيه وضيعة ووجه ذلك انهما ان تشاحا أو شح أحدهما لم يأخذ صاحب المال الا مثل ما أعطى وعلى تلك الصفة يلزم العامل ان

﴿ المحاسبة في القراض ﴾

* قال يحيى قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فعمل فيه فربح فأراد أن يأخذ حصته من الربح وصاحب المال غائب قال لا ينبغي له أن يأخذ منه شيأ الا بحضرة صاحب المال وان أخذ شيأ فهو له ضامن حتى يحسب مع المال اذا اقتسماه * قال مالك لا يجوز للمتقارضين أن يتحاسبا ويتفاصلا والمال غائب عنهما حتى يحضر المال فيستوفي صاحب المال رأس ماله ثم يقتسمان الربح على شرطهما

يردجميع المال فيتفاسخان جميع الربح بعد اقتضاء رأس المال فان اتفقا على أن يأخذ برأس ماله سلعة يجوز سلم رأس المال فيها جاز وكذلك ان اتفقا على قسمة الربح عروضا على وجه سائغ فانه يجوز لهما ذلك (مسئلة) فان كان المال ديونا باذن رب المال أو عروضا فسلم ذلك المال الى رب المال برضاه بذلك فهو جائز قاله ابن القاسم عن مالك فى العتبية وكتاب محمد وأنكر ذلك سحنون فى العتبية (مسئلة) ولو صير العامل المال عروضا ثم اتفقا على المماسمة فقال العامل انا آخذ العروض ولك على رأس مالك أو لك رأس مالك وحصتك من الربح كذا ص ﴿قال مالك فى رجل أخذ مالا قراضا فاشترى به سلعة وقد كان عليه دين فطلبه غرماؤه فادركوه ببلد غائبا عن صاحب المال وفى يديه عرض مربح بين فضله فارادوا أن يباع لهم العرض فيأخذون حصته من الربح قال لا يؤخذ من ربح القراض شئ حتى يحضر صاحب المال فيأخذ ماله ثم يقتسمان الربح على شرطهما ﴾ ش وهذا كما قال انه ليس لغرماء العامل بيع المال أو أخذ حصته من الربح المتيقن فيه حتى يحضر صاحب المال لان العامل لا يستقر له ملك على حصته من الربح حتى يقبض صاحب المال رأس ماله ويقاسمه الربح (مسئلة) فان قام غرماء رب المال على العامل وهو غائب والمال عين قضى الغرماء دينهم من رأس المال وحصته من الربح ودفع الى العامل حصته من الربح قاله ابن المواز عن مالك قال فان كان المال سلعا لم يحكم لهم بالبيع حتى يرى للبيع وجه ولا يباع لهم منه دين حتى يقبض ولو شاء رب المال تعجيل ذلك لم يكن له ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك انه فرق بين غرماء العامل وغرماء صاحب المال على نحو ما تقدم قال عيسى وانما غيبة صاحب المال بمنزلة مالو ان رجلا أبضع مع رجل بضاعة فلما قدم بلد الابتياع قام عليه غرماء صاحب المال فاثبتوا دينهم ان القاضى يقضى لهم بتقاضى البضاعة فى ديونهم ويكتب للمبضع معه براءة وهذا الذى قاله ورواه ابن القاسم عن مالك مبنى على ان العامل لا يملك حصته من الربح الا بعد القسمة فلذلك لا يباع المال لغرمائه ويباع لغرماء رب المال لان المال كله على ملكه والله أعلم ص ﴿قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فتجر فيه فربح ثم عزل رأس المال وقسم الربح وأخذ حصته وطرح حصة صاحب المال فى المال بحضرة شهداء أشهدهم على ذلك قال لا تجوز قسمة الربح الا بحضرة صاحب المال وان كان أخذ شيأ رده حتى يستوفى صاحب المال رأس ماله ثم يقتسمان مابقى بينهما على شرطهما ﴾ ش وهذا كما قال ولا ينفعه الاشهاد على ذلك لانه أشهد على فعل مالا يجوز له فعله فيجب عليه رد ما أخذ فان تجر فيه فربح فحصة رب المال فى ذلك الربح وهو قطعة من مال القراض و يجبر به نقصه ويكون لصاحب المال حصته من ربحه فان وقع ذلك فهو بمنزلة العامل يتسلف شيأ من مال القراض فتجر فيه لنفسه ان صاحب المال بالخيار بين أن يجيز ذلك أو يرده الى حكم القراض والله أعلم ص ﴿قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فعمل فيه فجاءه فقال له هذه حصتك من الربح وقد أخذت لنفسى مثله ورأس مالك وافر عندى قال مالك لا أحب ذلك حتى يحضر المال كله فيحاسبه حتى يحصل رأس المال ويعلم انه وافر ويصل اليه ثم يقتسمان الربح بينهما ثم يرد اليه المال ان شاء أو يحبسه وانما يجب حضور المال مخافة أن يكون العامل قد نقص فيه فهو يحب أن لا ينزع منه وأن يقره فى يده ﴾ ش وهذا على ما قال انه لا يجوز أن يقاسم الربح الا بعد رد رأس المال وقبض صاحبه له لانا قد بينا ان العامل لا يملك حصته من الربح الا بعد القسمة والربح تبع فى القسمة لرأس المال لا تصح قسمته الا بعد ذلك لان

قال مالك فى رجل أخذ مالا قراضا فاشترى به سلعة وقد كان عليه دين فطلبه غرماؤه فأدركوه ببلد غائبا عن صاحب المال وفى يديه عرض مربح بين فضله فارادوا أن يباع لهم العرض فيأخذوا حصته من الربح قال لا يؤخذ من ربح القراض شئ حتى يحضر صاحب المال فيأخذ ماله ثم يقتسمان الربح على شرطهما * قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فتجر فيه فربح ثم عزل رأس المال وقسم الربح فاخذ حصته وطرح حصة صاحب المال فى المال بحضرة شهداء أشهدهم على ذلك قال لا تجوز قسمة الربح الا بحضرة صاحب المال وان كان أخذ شيأ رده حتى يستوفى صاحب المال رأس ماله ثم يقتسمان مابقى بينهما على شرطهما * قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فعمل فيه فجاءه فقال له هذه حصتك من الربح وقد أخذت لنفسى مثله ورأس مالك وافر عندى * قال مالك لا أحب ذلك حتى يحضر المال كله فيحاسبه حتى يحصل رأس المال ويعلم انه وافر ويصل اليه ثم يقتسمان الربح بينهما ثم يرد اليه المال ان شاء أو يحبسه وانما يجب حضور المال مخافة أن يكون العامل قد نقص فيه فهو يحب أن لا ينزع منه وأن يقره فى يده

﴿جامع ماجاء فى القراض﴾ * قال يحيي قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فابتاع به سلعة فقال له صاحب المال بعها وقال الذى أخذ المال لا أرى وجه بيع فاختلفا فى ذلك قال لا ينظر فى قول واحد منهما و يسئل عن ذلك أهل المعرفة والبصير بتلك السلعة فان رأوا وجه بيع بيعت عليهما وان رأوا وجه انتظار انتظر بها * قال مالك فى رجل أخذ من رجل مالا قراضا فعمل فيه ثم سأله صاحب المال عن ماله فقال هو عندى وافر فلما أخذه به قال قد هلك عندى منه كذا وكذا المال يسميه وانما قلت لك ذلك لكى تتركه عندى قال لا ينتفع بانكاره بعد اقراره انه عنده و يأخذ باقراره على نفسه الا أن يأتى فى هلاك ذلك المال بأمر يعرف به قوله فان لم يأت بأمر معروف أخذ باقراره ولم ينفعه انكاره * قال مالك وكذلك أيضا لو قال ربحت فى المال كذا وكذا فسأله رب المال أن يدفع اليه ماله و ربحه فقال ما ربحت فيه شيأ وما قلت ذلك الا لان تقره فى يدى فذلك لا ينفعه ويؤخذ بما أقر به الا أن يأتى بأمر يعرف به قوله وصدقه فلا يلزمه ذلك * قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فربح فيه ربحا فقال العامل قارضتك على أن لى الثلثين وقال صاحب المال قارضتك على أن لك الثلث * قال مالك القول قول العامل وعليه فى ذلك اليمين اذا كان ما قال يشبه قراض مثله وكان ذلك نحوا مما يتقارض عليه الناس وان جاء بأمر يستنكر وليس على مثله يتقارض الناس لم يصدق و رد الى قراض مثله

مقتضى القراض أن يجبر رأس المال بالربح ولو عقدا القراض على خلاف ذلك لم يصح وهذا الحكم ثابت فيه حتى يرد الى صاحبه و يصير بيده كسائر أحكامه من كونه أمانة بيديه وغير ذلك

﴿ جامع ماجاء فى القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيي قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فابتاع به سلعة فقال له صاحب المال بعها وقال الذى أخذ المال لا أرى وجه بيع فاختلفا فى ذلك قال لا ينظر فى قول واحد منهما و يسئل عن ذلك أهل المعرفة والبصر بتلك السلعة فان رأوا وجه بيع بيعت عليهما وان رأوا وجه انتظار انتظر بها ﴾ ش وهذا كما قال انه ليس لرب المال أن يبيع على العامل سلعة متى شاء لان ذلك ابطال لعمله واتلاف لما يبقى له من حصته من الربح والقراض قد لزمهما على وجه ما دخلا فيه بالشراء والعمل فليس لواحد منهما الانفكاك الا على وجه المعهود من التجارة وطلب التنمية وكذلك لو كان مال القراض دينا داين به العامل باذن رب المال ثم أراد أحدهما بيع ذلك وتعجيل ماله وأباه الآخر كان القول قول الآبى منهما لانه دعا الى المعهود من القراض والتجارة ص ﴿ قال مالك فى رجل أخذ من رجل مالا قراضا فعمل فيه ثم سأله صاحب المال عن ماله فقال هو عندى وافر فلما أخذه به قال قد هلك عندى منه كذا وكذا لمال يسميه وانما قلت لك ذلك لكى تتركه عندى قال لا ينتفع بانكاره بعد اقراره انه عنده ويؤخذ باقراره على نفسه الا أن يأتى فى هلاك ذلك المال بأمر يعرف به قوله فان لم يأت بأمر معروف أخذ باقراره ولم ينفعه انكاره * قال مالك وكذلك أيضا لو قال ربحت فى المال كذا وكذا فسأله رب المال أن يدفع اليه ماله وربحه فقال ما ربحت فيه شيأ وما قلت ذلك الا لان تقره فى يدى فذلك لا ينفعه و يؤخذ بما أقر به الا أن يأتى بأمر يعرف به قوله وصدقه فلا يلزمه ذلك ﴾ ش وهذا كما قال انه يؤخذ باقراره ان المال باق عنده وانه قد ربح فيه فان ادعى بعد ذلك الخسارة أو ضياع المال أو أنه لم يربح شيأ لم يقبل مجرد انكاره وأخذ بأول اقراره فان أتى بأمر يعرف به وجه ما ادعاه وقامت له بذلك بينة بريء مما ادعاه من الخسارة أو ضياع المال (مسئلة) ولو أنكر القراض جملة فلما قامت عليه بينة ادعى رده الى صاحبه فقال عيسى عن ابن القاسم فى العتبية ان لم يأت ببينة على الرد والا غرم وليس من ادّعى الضياع مثل من ادّعى القضاء وفى سماع ابن القاسم ليس له الا يمينه ويبرأ (مسئلة) ومن ادّعى الضياع بعد انكار القبض فقد روى عيسى لا شئ عليه وقال عيسى يصدق ويغرم و بلغنى ذلك عن مالك ص ﴿ قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فربح فيه ربحا فقال العامل قارضتك على ان لى الثلثين وقال صاحب المال قارضتك على أن لك الثلث * قال مالك القول قول العامل وعليه فى ذلك اليمين اذا كان ما قال يشبه قراض مثله وكان ذلك نحوا مما يتقارض عليه الناس وان جاء بأمر يستنكر وليس على مثله يتقارض الناس لم يصدق ورد الى قراض مثله ﴾ ش وهذا كما قال انه ان ادّعى كل واحد منهما أنه شرط لنفسه الثلثين فان ذلك على أربعة أوجه أحدها أن يكون ما يدعيه العامل قراض مثله دون صاحب المال والثانى أن يدعى كل واحد منهما ما يشبه والثالث أن يدعى العامل ما لا يشبه قراض مثله

ويكون دعوى صاحب المال يشبه والرابع أن يدعى كل واحد منهما مالا يشبه فان ادعى العامل مايشبه وادعى صاحب المال مالا يشبه أو ادعيا جميعا مايشبه فان القول قول العامل مع يمينه لان المال فى يده فكان أولى بما يدعيه من ربحه (مسئلة) فان ادعى صاحب المال مايشبه دون العامل فالقول قول صاحب المال لان الظاهر شهد له وان ادعى كل واحد منهما مالا يشبه رد الى قراض المثل بعد أيمانهما وهذا معنى قول مالك فان جاء بأمر يستنكر لم يصدق ورد الى قراض المثل (مسئلة) فان قالا ان الربح على الثلث والثلثين ولم يسميا لمن الثلثان حين العقد ثم ادعى كل واحد منهما عند القسمة أن يكون له الثلثان فلا يخلو أن يكون قراض مثلهما يشبه مايدعيه العامل أو مايدعيان جميعا فالقول قول العامل مع يمينه ان ادعى انه نوى ذلك على ماذكره بعض المتأخرين من المغاربة وقال ابن المواز جعل الثلث للعامل منهما وجه القول الأول ماقدمناه ان العامل له اليد على ماتقدم ووجه القول الثانى ان المال وربحه على ملك رب المال وانما يملك العامل حصته من الربح بالقسمة مع ماتقدم من رضى رب المال بذلك واذا لم يوجد رضاه الا بالثلث فالباقى ثابت على ملكه (مسئلة) فان كان مايدعيه رب المال يشبه قراض المثل دون مايدعيه العامل فعلى القول الأول يكون القول قوله مع يمينه ان ادعى البينة وعلى القول الثانى يكون له الثلثان دون يمين وان ادعى كل واحد منهما مالا يشبه فعلى القول الأول يحلفان و يردان الى قراض المثل وعلى القول الثانى يردان اليه دون يمين * قال القاضى أبو الوليد والنية عندى غير مؤثرة فى هذه المسئلة لان العامل اذا نوى أن يكون له الثلثان ولم يشترط ذلك ولم يبينه لم يكن له ذلك بنيته وكذلك رب المال وكان الأظهر عندى فى هذه المسئلة أن يردا فى الوجوه كلها الى قراض المثل بمنزلة أن يعقدا القراض ولا يذكرا حصة أحدهما من الربح لانهما اذا لم يشترطا الثلثين لمعين فقد عاد ذلك بجهالة من يستحقه وأدى ذلك الى أن يكون حصة كل واحد منهما من الربح مجهولة ولا معنى لاستحلاف أحدهما لان الثانى لا ينكر مايدعيه ولا يستحق بما يدعيه من النية شيأ فلا معنى لاستحلافه على تحقيقها ولو صدقه صاحبه فيما يدعيه من ذلك لم ينفعه ص ﴿قال مالك فى رجل أعطى رجلا مائة دينار قراضا فاشترى بها سلعة ثم ذهب ليدفع الى رب السلعة المائة دينار فوجدها قد سرقت فقال رب المال بع السلعة فان كان فيها فضل كان لى وان كان فيها نقصان كان عليك لانك أنت ضيعت وقال المقارض بل عليك وفاء حق هذا انما اشتريتها بمالك الذى أعطيتنى * قال مالك يلزم العامل المشترى أداء ثمنها الى البائع ويقال لصاحب المال القراض ان شئت فأد المائة الدينار الى المقارض والسلعة بينكما وتكون قراضا على ما كانت عليه المائة الاولى وان شئت فابرأ من السلعة فان دفع المائة دينار الى العامل كانت قراضا على سنة القراض الاول وان أبى كانت السلعة للعامل وكان عليه ثمنها﴾ ش ومعنى ذلك أن العامل اذا أخذ المال قراضا فاشترى به سلعة فلا يخلو أن يشتريها بدين أو بنقد فان اشتراها بدين للقرض فان ذلك ممنوع أذن له فى ذلك رب المال أو لم يأذن فان فعل ذلك العامل ثم نقد فيها مال القراض ففى كتاب محمد عن ابن القاسم تقوم السلعة التى اشترى بدين بنقد فيكون العامل بذلك شريكا فى المال قال محمد لعله يريد فى سلعة واحدة اشتراها بدين ونقد فيها مال القراض واذا كان ماقاله محمد فتبقى المسئلة التى يسئل عنها غير مجاوب عنها وذلك أن من اشترى سلعة بدين بمائة قيمتها مائتان فنقد فيها حين الاجل مائة من مال القراض فأما على الرواية التى رواها ابن القاسم وعبد الرحمن عن مالك ان العامل يضمن مافضل من المائة دينار عن قيمة السلعة والسلعة على القراض وعلى رواية ابن

* قال مالك فى رجل أعطى رجلا مائة دينار قراضا فاشترى بها سلعة ثم ذهب ليدفع الى رب السلعة المائة دينار فوجدها قد سرقت فقال رب المال بع السلعة فان كان فيها فضل كان لى وان كان فيها نقصان كان عليك لانك أنت ضيعت وقال المقارض بل عليك وفاء حق هذا انما اشتريتها بمالك الذى أعطيتنى * قال مالك يلزم العامل المشترى أداء ثمنها الى البائع ويقال لصاحب المال القراض ان شئت فأد المائة الدينار الى المقارض والسلعة بينكما وتكون قراضا على ما كانت عليه المائة الأولى وان شئت فابرأ من السلعة فان دفع المائة دينار الى العامل كانت قراضا على سنة القراض الأول وان أبى كانت السلعة للعامل وكان عليه ثمنها

القاسم وأشهب عن مالك يقوم الدين فينظر الى قيمة المائة دينار المؤجلة فما فضل عن المائة دينار النقد عن قيمة المائة المؤجلة فعلى العامل (فرع) ولو باعها العامل قبل أن ينقد فيها فربح فالظاهر من قول ابن القاسم ان الربح والوضيعة على العامل قال وكيف يأخذ ربح ما يضمنه العامل فى ذمته ومعنى ذلك ان هذه السلعة لم يتعلق ثمنها بذمة رب المال ولا بماله فلم يكن له ربحها ولما اختصت بذمة العامل وضمانه كان له ربحها (مسئلة) وأما ان كان اشترى بنقد فلم ينقد حتى تلف المال الذى بيده فهذا الذى قال انه اذا قال له رب المال بع السلعة فان كان فيها فضل فهو لى وان كان نقصان كان عليك لانك ضيعت المال فلا حجة لرب المال فى قوله بع وان كان فيها ربح فلى لان للعامل أن يقول اذا تعلق ثمن السلعة بذمتى دون مالك فلا حظ لك من الربح ولا حجة للعامل فى قوله انما اشتريتها بمالك الذى أعطيتنى فان لرب المال أن يقول صدقت فلا تطلب منى غيره فانى لم آذن لك تتجر فى شئ من مالى غير ما دفعته اليك فلا يجوز تصرفك فى غيره واذا طلبتنى بغرم ما نقص فقد حولت تصرفك من مالى فى غير مال القراض

(فصل) وقول مالك ويلزم العامل المشترى اداء ثمنها على البائع يحتمل معنيين أحدهما ان العهدة للبائع عليه فليس له أن يطالب بسواه وليس للعامل مخرج عن ماله عليه الا بالاداء والثانى انه لا خيار له وانما الخيار لرب المال وقد فسره بعد ذلك بقوله ويقال لصاحب المال القراض ان شئت فأد المائة يريد ثمن السلعة التى اشترى العامل بدين فتكون السلعة على ما شرطت من القراض وان شئت فابرأ من السلعة يريد ان لا حظ لك فى ربحها ولا شئ عليك من نقص ثمنها (مسئلة) ولو باع العامل السلعة قبل أن ينقد ثمنها وقبل أن يتلف فربح فيها فقد قال ابن القاسم الربح بينهما على ما شرطاه من القراض لانه للقراض اشترى ووجه ذلك ما أشار اليه من أنه انما يشترى للقراض وعلى أن ينقد منه والمال الذى عول على النقد منه باق حين البيع وظهور الربح فكان البيع للقراض والربح على شرطه ص ﴿ قال مالك فى المتقارضين اذا تفاصلا فبقى بيد العامل من المتاع الذى يعمل فيه خلق القربة أو خلق الثوب أو ما أشبه ذلك * قال مالك كل شئ من ذلك كان تافها يسيرا لا خطب له فهو للعامل ولم أسمع أحدا أفتى برد ذلك وانما يرد من ذلك الشئ الذى له ثمن وان كان شيأ له اسم مثل الدابة أو الجمل أو الشاذ كونة أو أشباه ذلك مما له ثمن فانى أرى أن يرد ما بقى عنده من هذا الا أن يتحلل صاحبه من ذلك ﴾ ش وهذا كما قال ان العامل اذا رد المال وكان قد سافر سفرا اكتسى فيه وتجهز من مال القراض فان ما بقى من جهازه وكسوته مما لا قيمة له للعامل وقال ابن القاسم فى العتبية كخلق الجبة والقربة قال محمد وكذلك الغرارة والاداوة قال سحنون وما كان من الثياب تافها خلقا تركت له وان كان للثياب بال بيعت ورد ثمنها فى المال ومعنى ذلك ان مثل هذه المعانى تترك لمن كان له الانتفاع بها كالرجل يطلق المرأة وعليها بقية كسوة أو تكون طالقا حاملا فتضع وعليها بقية كسوة فاذا كان الشئ الذى له بال رد الى مستحقه واذا كان يسيرا لا قدر له كان تبعا لمن تعلق به من حقه ألا ترى أن العامل لو عمل فى المال عملا يسيرا لا يلزمه من نقل متاع أو عمل خفيف لم يكن له فيه عوض ولو عمل فيه الصنائع والرقوم لكان له أجر عمله

(فصل) وقوله ما كان له ثمن فانى أرى أن يرد ما بقى عنده من هذا الا أن يتحلل صاحبه من ذلك يريد أن يعلمه بما بقى عنده ويعلمه بصفته وقدره فان جعله رب المال فى حل منه ساغ له ذلك والا رد اليه منه حقه والله أعلم

* قال مالك فى المتقارضين اذا تفاصلا فبقى بيد العامل من المتاع الذى يعمل فيه خلق القربة أو خلق الثوب أو ما أشبه ذلك * قال مالك كل شئ من ذلك كان تافها يسيرا لا خطب له فهو للعامل ولم أسمع أحدا أفتى برد ذلك وانما يرد من ذلك الشئ الذى له ثمن وان كان شيأ له اسم مثل الدابة أو الجمل أو الشاذ كونة أو اشباه ذلك مما له ثمن فانى أرى أن يرد ما بقى عنده من هذا الا أن يتحلل صاحبه من ذلك

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الأقضية ﴾

﴿ الترغيب في القضاء بالحق ﴾

ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن زينب بنت أبي سلمة عن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انما أنا بشر وانكم تختصمون الي فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذن منه شيأ فانما أقطع له قطعة من النار ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم انما أنا بشر على معنى الاقرار على نفسه بصفة البشر من انه لا يعلم الغيب ولا يعلم المحق من الخصمين من المبطل والاخبار بان حاله في ذلك حال غيره لأنه لا يعلم من الغيب الا ما اطلع عليه بالوحي ولما كانت الدنيا دار تكليف وكانت الاحكام تجري على ذلك أجرى في غالب أحكامه في هذا الوجه على أحوال سائر الحكام ولذلك لم يقل في مسئلة المتلاعنين انه أعلم بالكاذب منهما وقال يعلم الله ان أحدكما كاذب فهل منكما من تائب

(فصل) وقوله انكم تختصمون الي يريد والله أعلم تتنازعون في الاموال وغيرها تنازعا يدعي كل واحد من الخصمين أنه أحق بها من صاحبه فيخاصمه في ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم دون غيره وهو صلى الله عليه وسلم الحاكم في زمنه لأنه امام الامة والمنفرد بالرئاسة الدينية والدنيوية فلا يصح أن يحكم بين الناس الا هو أو من قدمه لذلك والاصل في ذلك قوله تعالى فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما وقوله وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم وقوله انا أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله * وفي هذا بابان * أحدهما في صفة القاضي * والثاني في مجلسه وأدبه

(الباب الاول في صفة القاضي)

فأما صفاته في نفسه فاحداها أن يكون ذكرا بالغا والثانية أن يكون واحدا مفردا والثالثة أن يكون بصيرا والرابعة أن يكون مسلما والخامسة أن يكون حرا والسادسة أن يكون عالما والسابعة أن يكون عدلا فأما اعتبار الذكورة فحكى القاضي أبو محمد وغيره انه مذهب مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يجوز أن تلي المرأة القضاء في الأموال دون القصاص وقال محمد بن الحسن ومحمد بن جرير الطبري يجوز أن تكون المرأة قاضية على كل حال ودليلنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يفلح قوم أسندوا أمرهم الى امرأة ودليلنا من جهة المعنى انه أمر يتضمن فصل القضاء فوجب أن تنافيه الانوثة كالامامة * قال القاضي أبو الوليد ويكفي في ذلك عندي عمل المسلمين من عهد النبي صلى الله عليه وسلم لا نعلم انه قدم لذلك في عصر من الاعصار ولا بلد من البلاد امرأة كما لم يقدم للامامة امرأة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما كونه واحدا مفردا فمعناه أن لا يولى القضاء قاضيان فأكثر على وجه الاشتراك فلا يكون لأحدهما الانفراد بالنظر في قضية ولا قبول بينة ولا انفراد بانفاذ حكم قال الشيخ أبو اسحق في زاهيه والحاكم لا يجوز أن يكون نصف حاكم فلا يجتمع اثنان فيكونان جميعا حاكما في قضية واحدة واما أن يستقضي في البلد الحكام والقضاة ينفرد كل واحد منهم بالنظر في ما يرفع اليه من ذلك فجائز والدليل على ذلك أن هذا

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب الاقضية)

﴿ الترغيب في القضاء بالحق ﴾

* حدثنا يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن زينب بنت أبي سلمة عن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انما أنا بشر وانكم تختصمون الى فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذن منه شيأ فانما أقطع له قطعة من النار

اجماع الامة لأنه لم يختلف فى ذلك أحد من زمن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا ولا أعلم أنه أشرك بين قاضيين فى زمن من الازمان ولا بلد من البلدان وقد قام فى البلد الواحد عدد من الحكام فكان كل واحد منهم ينفرد بحكمه الذى يرفع اليه لا يشركه فيه غيره ودليل آخر وهو ان المذاهب مختلفة والاغراض متباينة ولا يصح أن يتفق رجلان فى كل شئ حتى لا يرى أحدهما خلاف ما يراه الآخر واذا أشرك بين الحاكمين دعا ذلك الى اختلافهما فى المسائل و يوقف نفوذها كالامامة ولا يلزم على هذا الحكمان بين الزوجين والحكمان فى جزاء الصيد لأنهما يحكمان فى قضية واحدة وليس بولاية وان اتفقا نفذ حكمهما وان اختلفا لم ينفذ حكمهما وحكم غيرهما فلم يكن فى ذلك مضرة وهذا ينافى الولاية لأن من ولى القضاء لا يمكن الاستبدال به عند المخالفة فيؤدى ذلك الى توقف الاحكام وامتناع نفوذها (مسئلة) واما أن يكون بصيرا فلا خلاف نعلمه بين المسلمين فى المنع من كون الاعمى حاكما وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى وقد بلغنى ذلك عن مالك والدليل على صحة هذا القول ان فى تقديمه للقضاء تضييقا على المسلمين فى طرق القضاء وانفاذ الاحكام والحاكم مضطر الى أن ينظر لكل من يطلب عنده مطلبا من مطالب الحق والاعمى وان كان يميز الاصوات فلا يميز الا صوت من تكرر عليه صوته وليس كل من يشهد عنده بشهادة ممن يتكرر عليه فقد يشهد عنده بها من لم يسمع كلامه قبل هذا او يزكى عنده فى غير ذلك المجلس فلا يعلم هل هذا المزكى عنده هو الذى زكى بالامس أو غيره وقد يجرح عنده بعد التزكية فلا يدرى هل هو ذلك الاول أو غيره وقد يبقى على عدالته فيتكرر عليه مرة ثانية من الغد فى شهادة أخرى وقد غاب معدلوه فلا يدرى هل هو ذلك الاول وقد اختلف العلماء فى تولية القضاء الامى وهو يبصر و يميز فكيف بالاعمى وأكثر العلماء لا يجيز شهادته (مسئلة) وأما اعتبار اسلامه فلا خلاف بين المسلمين فى ذلك وأما اعتبار حريته فقد قال القاضى أبو محمد لا خلاف فيه بين المسلمين و وجه ذلك أن منافع العبد مستحقة لسيده فلا يجوز أن يصرفها للنظر بين المسلمين ولأنه ناقص الحرمة نقصا يؤثر فى الامامة كالمرأة (مسئلة) وأما اعتبار كونه عالما فلا خلاف فى ذلك مع وجود العالم العدل والذى يحتاج اليه من العلم أن يكون من أهل الاجتهاد وقد بينا صفة المجتهد فى أصول الفقه وقد روى ابن القاسم عن مالك فى المجموعة لا يستقضى من ليس بفقيه وقال أشهب فى المجموعة ومطرف وابن الماجشون وأصبغ فى الواضحة لا يصلح أن يكون صاحب حديث لا فقه له أو فقه لا حديث عنده ولا يفتى الا من كانت هذه صفته الا أن يخبر بشئ سمعه ومعنى ذلك أن يكون قد جمع صفات المجتهدين والأصل فى ذلك قول الله تعالى لتبين للناس ما نزل اليهم ولعلهم يتفكرون فأعلم تعالى أن النبى صلى الله عليه وسلم اذا بين للناس ما أنزل اليهم يتفكروا ويعتبروا فاذا لم يكن عندهم تبيين النبى صلى الله عليه وسلم لما أنزل الله من الكتاب لم يتمكن لهم التفكر فى أحكامه وقد قال تعالى انا أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ومن ليس من أهل الاجتهاد فانه لا يرى شيأ وبذلك قال الفقهاء المتقدمون انه لا يفتى من لا يعرف ذلك الا أن يخبر بما سمع فلم يجعل ذلك من باب الفتوى وانما هو اخبار عن فتوى صاحب المقالة عند الضرورة لعدم المجتهد الذى تجوز له الفتوى (فرع) فاذا لم يوجد الا عالم ليس بمرضى أو رجل مرضى الحال غير عالم فقد روى أصبغ يستقضى العدل لانه يستشير أهل العلم ويجتهد قال ابن حبيب ان لم يكن للرجل علم وورع فعقل وورع لانه بالعقل يسئل وبالورع يعف فاذا طلب العلم وجده واذا طلب العقل لم يجده (مسئلة) وأما اعتبار العدالة فالظاهر من أقوال المسلمين

ان العدالة شرط في صحة القضاء وقال القاضي أبو الحسن لا تنعقد الولاية للحاكم الفاسق وان طرأ الفسق بعد انعقادها انفسخت ولايته وفي النوادر من كتاب أصبغ انه يجوز حكم المسخوط مالم يجر وان لم تجز شهادته وهذا مبني على ان مايطرأ من الفسق لا يفسخ ولايته حتى يفسخها الامام (مسئلة) وهل يعتبر في ذلك أن يكون سميعا لم أر فيه نصا لأصحابنا * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي انه ممنوع لما يحتاج اليه من سماعه من دعوى الخصوم وسماعه أداء الشهادة وليس كل شاهد يمكنه أن يكتب شهادته فيعرضها عليه فمنهم من لا يكتب مع ما في ذلك من تضييق الحال على الناس وتعذر سبيل الحكم وذلك يجب أن يمنع منه (مسئلة) وهل يجوز أن يكون الأمي الذي لا يكتب حاكما وان كان عالما عدلا لم أر فيه نصا لأصحابنا ولأصحاب الشافعي فيه وجهان أحدهما الجواز والآخر المنع * قال القاضي أبو الوليد والأظهر عندي الجواز لان امام المرسلين وأفضل الحكام كان لا يكتب ومن جهة المعنى انه لا يحتاج الى قراءة العقود وينوب عنه في ذلك أهل العدل وهذه حال من لا يكتب من الحكام يقرأ عليه العقد في الأغلب ويقيد عنه المقالات ولا يباشر شيأ من ذلك وان للمنع من ذلك وجها لما فيه من تضييق طرق الحكومة والنبي صلى الله عليه وسلم معصوم وليس غيره كذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) وهل يستقضى ولد الزنا قال سحنون لا بأس أن يستقضى ولا يحكم في حد زنا قال كما لا يحكم القاضي * قال القاضي أبو الوليد والأظهر عندي أن ذلك ممنوع لان القضاء موضع رفعة وطهارة أحوال فلا يليها ولد الزنا كالامامة في الصلاة وروى ابن سحنون عن أبيه يستقضى الفقير اذا كان أعلم من بالبلد وأرضاهم ولكن لا ينبغي أن يجلس حتى يغني ويقضى عنه دينه وهذا مما لا خلاف في صحته لان الفقر ليس بمؤثر في دينه ولا علمه ولكن يستحب أن تزال حاجته ليتفرغ للقضاء وليكون أسلم له من مقارفة ما يخل بحاله (مسئلة) ويستقضى المحدود في الزنا والقذف والمقطوع في السرقة اذا كان اليوم مرضيا من كتاب أصبغ ووجه ذلك ان ما كان عليه مما يمنع ولايته قد ظهر اقلاعه عنه كما لو كان كافرا ثم حسن اسلامه (فرع) وهل يحكم فيما حد فيه جوز ذلك أصبغ وفرق بينه وبين الشهادة ومنع ذلك سحنون اعتبارا بالشهادة

(الباب الثاني في مجلسه وأدبه)

أما مجلس القاضي فانه ينبغي أن يكون في المسجد وكره الشافعي أن يكون في المسجد وروى نحوه عن عمر بن عبد العزيز قال مالك القضاء في المسجد من الحق والأمر القديم لانه يرضى بالدون من المجلس ويصل اليه الضعيف والمرأة ولا يحجب عنه أحد قال الشيخ أبو محمد واحتج بعض أصحابنا في ذلك بقوله تعالى وهل أتاك نبأ الخصم إذ تسوروا المحراب الى قوله فاحكم بيننا بالحق وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى في المسجد (فرع) ويستحب أن يجلس من المسجد في رحابه الخارجة قال مالك ليصل اليه اليهودي والنصراني والحائض قال وحيثما جلس القاضي المأمون أجزأه قال أشهب في المجموعة ولا بأس أن يقضي في منزله وحيث أحب وأحب الى أن يقضي حيث جماعة الناس وفي المسجد الجامع قال سحنون قال غيره الا أن يدخل عليه في ذلك ضرر لكثرة الناس حتى يشغله ذلك عن النظر والفهم فليكن له موضع في المسجد يحول بينه وبين من يشغله واتخذ سحنون بيتا في المسجد فكان يقعد فيه للناس (مسئلة) ولا ينبغي أن يقضي في الطريق في ممره الى المسجد أو الى غير ذلك الا أن يكون أمر عرض واستغيث اليه فيه فلا

بأس أن يأمر فيه وينهى فأما الحكم الفاصل فلا قاله مطرف وابن الماجشون قال أشهب في المجموعة لا يقضي القاضي وهو يمشي وقال أيضا لا بأس أن يقضي وهو يمشي اذا لم يشغله ذلك ولا بأس أن يقضي وهو متكئ (مسئلة) ولا تقام الحدود في المسجد ولا الضرب الكثير الا اليسير كالخمسة أسواط والعشرة ونحوها قاله مالك في الموازية والمجموعة وكتاب ابن سحنون ووجه ذلك أن الحدود تباشر سيلان الدم والتأثير في الأجسام والمساجد موضوعة للتأمين والرحمة فيجب أن تنزه عن مثل هذا (مسئلة) قال مطرف وابن الماجشون ويتخذ القاضي أوقاتا يجلس فيها للناس على ماهو أرفق به وبالناس وليس بالضيق عليه حتى يصير كالأجنبي ولا ينبغي أن يجلس بين العشاءين ولا في الأسحار الا أن يحدث في تلك الأوقات ويرفع اليه أمر لا بد منه فلا بأس أن يأمر في تلك الساعة وينهى ويسجن فأما على وجه الحكم مما شخص فيه الخصوم فلا وقال أشهب في المجموعة ولا بأس أن يقضي بين المغرب والعشاء فمعنى قول ابن الماجشون ومطرف انه ليس عليه الجلوس ذلك الوقت ولا اشخاص الخصوم اليه في الأمور التي فيها احضار الخصوم وتقييد المقالات واحضار البينات لانها أمور لا تفوت ويلحق المطلوب بذلك المشقة في الخروج عن العادة وأما الأمور التي يخاف فواتها ويطرأ منها ذلك الوقت ما تدعو الضرورة الى النظر فيه فيلزمه ذلك ومعنى قول أشهب انه أباح له النظر بين المغرب والعشاء لان ترك ذلك حق من حقوقه فاذا أراد النظر ذلك الوقت فذلك مباح له والقول الأول أظهر لما في ذلك من الضرر بما يدعى في ذلك الوقت الى ما لا يخاف فواته وقد شرعت الآجال في القضاء بالحقوق والامهال واستقصاء الحجج وذلك ينافي القضاء بالليل وفي وقت يشق نقل البينات والتفرغ للادلاء بالحجج مع ما في ذلك من الخروج عن العادة في عمل القضاة ولا يكاد يفعل ذلك الا على وجه التضييق على المطلوب والمسارعة الى الحكم للطالب (مسئلة) وليس عليه أن يتعب نفسه فيقضي النهار كله قاله في المجموعة قال في العتبية وليقعد للناس في ساعات من النهار وقال مالك في الموازية اني أخاف أن يكثر فيخطئ قال في المجموعة يكره للقاضي أن يقضي اذا دخله هم أو نعاس أو ضجر شديد وفي غير هذا الموضع أو جوع يخاف على فهمه منه الابطاء أو التقصير وفي العتبية عن مالك انه ليقال لا يقضي القاضي وهو جائع ولا أن يشبع جدا فان الغضب يحضر الجائع والشبعان جدا يكون بطيئا الا أن يكون الأمر الخفيف الذي لا يضر به في فهمه ووجه ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يقضي القاضي وهو غضبان فكل حالة منعته من استيفاء حجج الخصوم كما يمنعه الغضب كان له حكمه في المنع من ذلك والله أعلم (مسئلة) وقوله ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه يريد والله أعلم أن يكون أحدهما أعلم بمواقع الحجج وأهدى الى ايراد ما يحتاج من ذلك وأشد تبيينا لما يحتج به قال أبو عبيدة اللحن بفتح الحاء الفطنة واللحن باسكان الحاء الخطأ في القول تعلق بعض أصحابنا بقول النبي صلى الله عليه وسلم فأقضي له على نحو ما أسمع منه في أن القاضي لا يقضي بعلمه وهذا التعلق ليس بالبين لانه لا يقضي القاضي بما سمع منه مع علمه بخلافه على قول من يثبت حكمه بعلمه ولا على قول من ينفيه فأما من يقول انه يقضي بعلمه فانه ينفذ ما علمه ولا ينظر الى حجة الخصم ولا الى ما شهد به عنده مما يخالف ذلك وأما من يمنع الحكم بعلمه فاذا اقتضت حجته أو ما شهد به بينهما خلاف ما علمه من الأمر امتنع من الحكم في ذلك وشهد عنده غيره بما في علمه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالمشهور من مذهب مالك ان الحاكم

لايحكم فى شئ أصلا بعلمه علمه قبل ولايته أو بعدها فى مجلس حكم غيره فى حقوق الآدميين أو غيرها قاله مالك وابن القاسم وأشهب قالوا وكذلك ما وجد فى ديوانه من اقرار الخصوم مكتوبا وجوز ابن الماجشون وأصبغ وسحنون أن يحكم الحاكم بعلمه وبه قال أبو حنيفة والشافعى على اختلافهم فى تفصيل ذلك والدليل على مانقوله قول الله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة فيقتضى العموم أن يجلدوا وان علم الحكم بصدقه وماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فى ملاعنة لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمت هذه وقال عبد الله بن عباس تلك امرأة كانت تظهر السوء وأيضا فان النبى صلى الله عليه وسلم لم يقتل المنافقين وان كان علم كفرهم لما انفرد بذلك ومن جهة المعنى ان الحاكم لما كان غير معصوم منع من الحكم بعلمه ليبعد عن التهمة وتعلق ابن الماجشون فى ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم فأقضى له على نحو ما أسمع منه فعلق القضاء بما يسمع وتأوله مالك رحمه الله على ما يسمع منه من اهتدائه الى مواقع حجته وعجز الآخر عن ايراد ما يعتضد به ولذلك قال فى أول الكلام فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته وأيضا فانه صلى الله عليه وسلم قال فأقضى له على نحو ما أسمع منه وما علمه الحاكم ليس بموقوف على ما يسمع ممن يقضى له بل قد يعلم من حقوقه ما لا يسمعه منه ويسمع منه ما لا يعلمه وهو صلى الله عليه وسلم انما علق الحكم بما يسمع منه فثبت بذلك وبقوله فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض انه انما يقضى له بما بينه فى خصومته لمعرفته بمواقع حججه من الحقوق التى تلزم الحاكم القضاء له بها ولعله غير مستحق لها (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون ومن تابعه من أصحابنا فانه انما يحكم بعلمه فيما جرى بين المتخاصمين فى مجلس نظره خلافا لابى حنيفة فى قوله يحكم بعلمه فى حقوق الآدميين مما علمه بعد القضاء خاصة وللشافعى فى تجويزه ذلك على الاطلاق والدليل على مانقوله ان هذا حكم بدعوى دون بينة ولا يمين فوجب أن لا يصح لان الشرع انما قدر الحكم بأحدهما (فرع) واذا قلنا لايحكم بعلمه فحكم بعلمه وسجل فقد قال القاضى أبو الحسن لا ينقض حكمه عند بعض أصحابنا * قال القاضى أبو الوليد وعندى انه ينقض حكمه

(فصل) وقوله فمن قضيت له بشئ من حق أخيه فلا يأخذن منه شيأ فانما أقطع له قطعة من النار معناه والله أعلم ان قضاءه له بشئ من حق أخيه لما سمع منه من اظهار حجة أوجبت له ذلك من دعوى باطل عجز المحق عن انكاره أو انكار حق عجز المحق عن اثباته فان ذلك لا يملكه من حكم له به ولا يبيحه له وانما يعطيه قطعة من النار يريد والله أعلم قطعة من العذاب كقوله تعالى ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما انما يأكلون فى بطونهم نارا يعنى والله أعلم ما يعذبون عليه بالنار وقد يوصف الشئ بما يؤول اليه ويكون سببا له ولذلك يوصف الشجاع بالموت قال الشاعر

يا أيها الراكب المزجى مطيته * سائل بنى أسد ماهذه الصوت

وقل لهم بادروا بالعذر والتمسوا * وجها ينجيكم انى أنا الموت

فوصف نفسه بانه الموت يريد انه سبب بشجاعته وقلة سلامته من يحارب به من الموت (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان حكم الحاكم لا يحل الحرام ولا يغيره عن حقيقته مثال ذلك ان يقيم الرجل شاهدى زور بان امرأة أجنبية زوجة له فحكم الحاكم بذلك فانه لا يحل وطؤها خلافا لأبى حنيفة فى قوله ان ذلك يحله والدليل على ذلك الحديث المتقدم فمن قضيت له بشئ من حق أخيه فلا يأخذن منه شيأ فانما أقطع له قطعة من نار وهذا يقتضى انه اذا شهد له بزور بان زوجا طلق زوجته وان هذا تزوجها

بعده انما يقطع له الحاكم بذلك قطعة من النار لأنه قد قضى له بحق هو لأخيه والله أعلم ص ﴿ مالك عن يحيي بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب اختصم ليه مسلم ويهودي فرأى عمر أن الحق لليهودي فقضى له فقال له اليهودي والله لقد قضيت بالحق فضربه عمر بن الخطاب بالدرة ثم قال له وما يدريك فقال له اليهودي انا نجد أنه ليس قاض يقضي بالحق الا كان عن يمينه ملك وعن شماله ملك يسددانه ويوفقانه للحق مادام مع الحق فاذا ترك الحق عرجا وتركاه ﴾ ش قوله ان عمر اختصم اليه يهودي ومسلم فقضى عمر لليهودي لما رأى أن الحق له على حكم الاسلام لأن كل حكم بين مسلم وكافر فانما يقضي فيه بحكم الاسلام لانه انما عقدت لهم الذمة لتجري عليهم أحكام الاسلام الا فيما يخصهم وأما اذا لم يكونوا ذمة وكانوا أهل حرب فان أمكن الحكم بين المسلم وبينهم على حكم الاسلام نفذ وان تعذر ذلك لم يخرج أمرهم على وجه الحكم وذهب به الى معنى الصلح (مسئلة) وأما أحكام أهل الكفر فلا يخلوا أن يكونا على دين واحد كيهوديين أو نصرانيين أو يكونا على دينين مختلفين كيهودي ونصراني فان كانا من أهل دين واحد فانه لا نتعرض للحكم بينهما لأن الذمة لما عقدت لهم على أن تجري أحكامهم بينهم فان رضيا جميعا بحكم الاسلام ولم يرض اساقفتهم به ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم لا يحكم بينهم الا برضى الخصمين ورضى أساقفتهم فان رضي الخصمان وأبى الاساقفة أو رضي الاساقفة وأبى ذلك أحد الخصمين لم يحكم بينهما وفي كتاب ابن عبد الحكم انه ان رضي الحاكم حكم بينهما وان أبى ذلك أحدهما طالبا أو مطلوبا لم يعرض لهما فان اتفقا على الرضى بذلك فان الحاكم مخير بين أن يترك الحكم وبين أن يحكم بينهم بحكم الاسلام والاصل في ذلك قوله تعالى فان جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وان تعرض عنهم فلن يضروك شيأ وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط ان الله يحب المقسطين وأما ان كانا على دينين مختلفين ففي النوادر قال يحيي بن عمر يحكم بينهما وان كره ذلك أحدهما لاختلاف ملتيهما (مسئلة) وهذا في طريقة التخاصم والتطالب بالحقوق التي سلمت برضى الطالب لها وأما ما كان من التظالم كالغصب وقطاع الطريق والسرقة فان حكم المسلمين حكم الاسلام سواء كانا مسلمين أو كافرين على ملة واحدة أو ملتين أو أحدهما مسلم والآخر كافر وهو كله قول مالك في كتاب ابن عبد الحكم وغيره والله أعلم وأحكم

(فصل) وقول اليهودي لعمر لقد قضيت بالحق يحتمل أن يريد لقد قضيت لي بما هو حق لي عليه ويحتمل أن يريد به لقد قصدت الحق في حكمك هذا ويحتمل أن يريد لقد قضيت بالحق على حكم التوراة والله أعلم وأحكم

(فصل) وضربه اليهودي لما قال له والله لقد قضيت بالحق وقوله له وما يدريك يحتمل أن يكون عمر بن الخطاب رضي الله عنه حكم بينهما باجتهاده فيما لا نص عنده فيه وكان يعتقد أن طريق ذلك غلبة الظن دون القطع والعلم ولذلك قال له وما يدريك يريد ما يدريك أنه كما حلفت عليه وقطعت به فأنكر على اليهودي الحلف على ذلك وذلك يقتضي ضربه وعقوبته لان من حلف على القطع في أمر يظنه استحق العقوبة لاسيما وقد تكون القضية من جهة القضاء صحيحة لكنها في الباطن غير صحيحة لان أحد الخصمين ألحن بحجته من الآخر كما قال النبي صلى الله عليه وسلم فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذن منه فانما أقطع له قطعة من النار ويحتمل أن يكون ضربه لما حلف على شيء لا يعرفه ولا يعلم هو مقتضى تلك القضية في شرع المسلمين لاسيما ان كانت ممن لم يتكرر ولم يتقدم فيها حكم انما شرعت باجتهاد أئمة المسلمين فيها ويحتمل أن يكون ضربه لما فهم منه انه أقسم على انه قصد

وحدثني مالك عن يحيي بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب اختصم اليه مسلم ويهودي فرأى عمر أن الحق لليهودي فقضى له فقال له اليهودي والله لقد قضيت بالحق فضربه عمر بن الخطاب بالدرة ثم قال وما يدريك فقال له اليهودي انا نجد أنه ليس قاض يقضي بالحق الا كان عن يمينه ملك وعن شماله ملك يسددانه ويوفقانه للحق مادام مع الحق فاذا ترك الحق عرجا وتركاه

الحق لحكمه فأنكر عليه أن يحلف على باطنه ومعتقده وان كان قد صادف الحق في يمينه هذه ويحتمل أن يكون ضربه لما اعتقد أنه قصد بذلك التزكية له والاطراء لما حكم له لما جبل عليه اليهود من المكر والخلابة فأنكر عليه ذلك وأدبه على ما بادر اليه منه وظن انه يجور عليه ليزجر الحكام من سلك معهم هذا السبيل

(فصل) وقول اليهودي انا نجد انه ليس قاض يقضي بالحق الا كان عن يمينه ملك وعن شماله ملك يسددانه ويوفقانه للحق ما دام مع الحق فاذا ترك الحق عرجا وتركاه ويحتمل أن يريد به اليهودي انه يقطع بان الحق له وانه ممن قد شاهد الحكم بمثله بين المسلمين أو انه من الحقوق التي لا تختلف فيها الشرائع فاستدل على اجتهاد عمر وقصده الحق بأن حكم له بما يعرف هو أنه حقه وعلم ذلك بما زعم أنه يجده في كتبهم من أن الحاكم اذا قضى بالحق يريد قصده و بينه بحكمه كان معه ملكان يسددانه اليه وانه ان زاغ عن ذلك عرجا وتركاه فلا يوفق للحق فأمسك عنه عمر بعد ذلك اما تصديقا له واما أنه قد بلغ من أدبه ما أقنعه وما قاله اليهودي لا يبعد وقد قال الله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله اليك وقد روي في هذا المعنى حديثا ليس بذلك أبو عيسى الترمذي أخبرنا عبد القدوس بن محمد العطار أخبرنا عمرو بن عاصم أخبرنا عمر عن أبي اسحق الشيباني عن ابن أبي أوفى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الله مع القاضي ما لم يجر فاذا جار تخلى عنه ولزمه الشيطان

﴿ماجاء في الشهادات﴾

• حدثنا يحيي عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر ابن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن عثمان عن أبي عمرة الانصاري عن زيد بن خالد الجهني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها أو يخبر بشهادته قبل أن يسألها

﴿ ماجاء في الشهادات ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن عثمان عن أبي عمرة الأنصاري عن زيد بن خالد الجهني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها أو يخبر بشهادته قبل أن يسألها ﴾ ش قال مالك في المجموعة وغيره معنى هذا الحديث أن يكون عند الشاهد شهادة لرجل لا يعلم بها فيخبره بها ويؤديها له عند الحاكم وذلك ان المشهود به على ضربين ضرب هو حق لله وضرب هو حق للآدميين فأما ما كان حقا لله تعالى فعلى قسمين قسم لا يستدام فيه التحريم كالزنا وشرب الخمر اذا أصبغ والسرقة فهذا ترك الشهادة به للستر جائز والأصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم لهزال هلا سترته بردائك ولو أن الامام علم بذلك فقد قال ابن القاسم في المجموعة يكره الشهادة ولا يشهدوا بها الا في تجريحه ان شهد على أحد (مسئلة) والقسم الثاني ما يستدام فيه التحريم كالطلاق والعتق والاحباس والصدقات والهبات لمن ليس له اسقاط حقه والمساجد والقناطر والطرق فهذا على الشهادات يقوم الشاهد فيها ويؤديها متى رأى ارتكاب المحظور بها وللشاهد في ذلك حالان حال يعلم ان غيره يقوم بهذه الشهادة ويشاركه فيها وحال لا يعلم ذلك فيها فان علم أن غيره يقوم بها فانه يستحب له أن يبادر بادائها ليحصل له أجر القيام وليقوى أمرها لكثرة عدد من يقوم بها ولان في قيام العدد الكثير بها ردعا لاهل الباطل وارهابا عليهم ويصح أن يتناول هذا عموم قوله صلى الله عليه وسلم خير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها ويكون معنى الاتيان بها هاهنا اداؤها عند الحاكم (مسئلة) فان بين له أن غيره قد ترك القيام بها أو لم يكن من يقوم بها غيره تعين عليه القيام بها لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه ولان القيام بالشهادة من فروض

الكفاية كالجهاد والصلاة على الجنائز فاذا قام بها بعض الناس سقط فرضها عن سائر الناس واذا ترك القيام بها جميعهم أثموا كلهم اذا كان الحق مجمعا عليه وبالله التوفيق

(فصل) وأما الضرب الثانى وهو حق الآدميين فانه ان كان يجوز له اسقاطه مثل أن يرى ملك رجل يباع أو يوهب أو يحول عن حاله فروى ابن القاسم فى العتبية ان ذلك جرحة فى الشاهد حين رأى ذلك ولم يعلم بعلمه فيه قال غيره فى المجموعة وهذا اذا كان المشهود له غائبا أو حاضرا لا يعلم وأما ان كان حاضرا فهو كالاقرار وقال ابن سحنون عن أبيه انما ذلك فيما كان من حق الله تعالى أو كان للشاهد القيام به وان كذبه المشهود له كالحوالة والطلاق وأما العروض والحيوان والرباع فلا يبطل ذلك شهادته لان صاحب الحق ان كان حاضرا فهو أضاع حقه وان كان غائبا فليس للشاهد شهادة * وقال القاضى أبو الوليد وهذا عندى انما يكون جرحة فى الشاهد اذا علم أنه اذا كتمها ولم يعلم بها بطل الحق فكتم ذلك حتى صولح على أقل مما يجب له أو حتى ناله بكتمان شهادته معرة ودخلت عليه مضرة فعلم ضرر ورثته الى شهادته ولم يقم بها حتى دخلت عليه مضرة بكتمانه اياها فهى جرحة فى شهادته وأما على غير هذا الوجه فلا يلزمه القيام بها لانه لا يدرى لعل صاحب الحق قد تركه

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الذى يأتى بشهادته قبل أن يسألها تقدم من تأويل مالك فى ذلك ما بسطنا القول فيه ويحتمل قوله يأتى بها أن يأتى بها الى صاحب الحق فيخبره به من غير أن يعلم بذلك صاحب الحق والى هذا ذهب الشيخ أبو اسحق ويحتمل أن يريد بذلك انه يأتيه لادائها قبل أن يسألها بمعنى انه اذا سئل أداءها بادر بذلك فأسرع اليه ولم يحوج الى تكرار السؤال كما يقال فلان يعطيك قبل أن تسئله ويجيبك قبل أن تسئله يريدون بذلك سرعة عطائه وسرعة جوابه ولا يصح أن يريد بذلك أن يأتى بها الحاكم فيؤديها عنده قبل أن يسأله صاحب الحق اياها لان الحاكم لا يسمعها منه اذا لم يقم صاحب الحق بها وأما ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال خيركم قرنى ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يأتى قوم يشهدون ولا يستشهدون وقد قال ابراهيم النخعى ان معنى الشهادة فى الحديث اليمين يريد انه يحلف قبل أن يستحلف ص * مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن انه قال قدم على عمر بن الخطاب رجل من أهل العراق فقال لقد جئتك لأمر ماله رأس ولا ذنب فقال عمر وما هو فقال شهادة الزور ظهرت بأرضنا فقال له عمر أوقد كان ذلك فقال نعم فقال عمر والله لا يؤسر رجل فى الاسلام بغير العدول * ش قوله جئتك بأمر ماله رأس ولا ذنب معناه ليس له أول ولا آخر وهذا مما تستعمله العرب على وجهين أحدهما يريدون به الكثرة فيقول هذا جنس لا أول له ولا آخر اذا أخبرت عن كثرته والوجه الثانى يريد به الأمر المبهم الذى لا يعرف وجهه ولا يهتدى لاصلاحه فيقال ليس لهذا الأمر أول ولا آخر بمعنى انه مبهم ليس له وجه يتناول منه وهذا الحديث يحتمل الوجهين جميعا فيحتمل أن يريد به الكثرة فى كثرة شهود الزور وأن يريد به عظم الفساد بهذا الأمر حتى لا يهتدى لاصلاحه

(فصل) وقوله شهادة الزور ظهرت بأرضنا يريد الشهادة بالباطل ظهرت بأرضهم بعد أن لم تكن ولو كانت بأرضهم قديما لم يصفها الآن بالظهور وانما كان يصفها بالدوام أو بالبقاء والتزايد وشهادة الزور من الكبائر والأصل فى ذلك قوله تعالى والذين لا يشهدون الزور واذا مروا باللغو مروا كراما وما روى عن أبى بكر بن عبد الرحمن بن أبى بكرة عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ثلاثا قالوا بلى يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وجلس وكان متكئا

* وحدثنى مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن انه قال قدم على عمر بن الخطاب رجل من أهل العراق فقال لقد جئتك لأمر ماله رأس ولا ذنب فقال عمر ما هو قال شهادات الزور ظهرت بأرضنا فقال عمر أوقد كان ذلك قال نعم فقال عمر والله لا يؤسر رجل فى الاسلام بغير العدول

ألا وقول الزور فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت

(فصل) وقول عمر أوقد كان ذلك دليل على انه أمر لم يتقدم علمه به ولا عهده بذلك البلد قبل اخبار هذا الخبر وذلك ان جميع الصحابة ومن آمن بالنبي صلى الله عليه وسلم في زمنه ورآه وكانوا عدولا بتعديل الله اياهم واخباره انهم خير أمة أخرجت للناس وقوله تعالى محمد رسول الله والذين معه أشداء على الكفار رحماء بينهم تراهم ركعا سجدا يبتغون فضلا من الله ورضوانا سيماهم في وجوههم من أثر السجود الآية وبهذا كان التعديل في حياة النبي صلى الله عليه وسلم يبين ذلك ما روى عن عبد الله بن عتبة قال سمعت عمر بن الخطاب يقول ان ناسا كانوا يأخذون بالوحي في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وان الوحي قد انقطع وانما نأخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم فمن أظهر لنا خيرا أمناه وقربناه وليس لنا من سريرته شيء الله يحاسبه في سريرته ومن أظهر لنا شرا لم نؤمنه ولم نصدقه وان كانت سريرته حسنة فلما كان هذا حكم الصحابة كان الأمر في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدرا من زمن عمر على ان كل مسلم عدل لانه لم يكن في المسلمين غير صحابي وهم عدول فلما أخبر عمر بما أحدث من ذلك قال أوقد كان ذلك لانه قد كان يظن الأمر على ما عهد فلما أخبر انه قد كان قال والله لا يؤسر رجل في الاسلام بغير العدول (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان ثبت على شاهد انه شهد بزور فان كان لنسيان وغفلة فلا شيء عليه ومن كثر منه ذلك ردت شهادته ولم يحكم بها لفسقه فأما من ثبت عليه انه تعمد ذلك فانه على ضربين أحدهما أن يقر بتعمد ذلك والثاني أن يرجع عن شهادته بعد أدائها فأما ان أقر بتعمد شهادة الزور فانه يعاقب وروى ابن وهب عن مالك انه يجلد قال ابن الماجشون يضرب بالسوط قال ابن القاسم يضربه القاضي قدر ما يرى وقال ابن كنانة يكشف عن ظهره قال ابن عبد الحكم يضرب ضربا موجعا (فرع) وروى ابن وهب عن مالك أنه يطاف به ويشهر وقال ابن الماجشون يطاف به في الأسواق والجماعات وقال ابن عبد الحكم يشهر في المساجد والحلق قال ابن القاسم في مجالس المسجد الأعظم وروى ابن المواز وغيره عن مالك يسجن وروى مطرف عن مالك ولا أرى الحلق والتسخيم (فرع) وهل تقبل شهادته اذا تاب وروى ابن المواز عن أشهب عن مالك لا تقبل شهادته أبدا زاد عنه ابن نافع وان تاب وهي رواية ابن القاسم في المدونة وروى على عن ابن القاسم في الموازية تقبل شهادته اذا تاب وأظنه لمالك وجه رواية أشهب وابن نافع انه مما يسر ولا طريق الى معرفة صلاح حاله ووجه الرواية الثانية ان هذا نوع فسق فلا يمنع قبول الشهادة بعد التوبة كالقذف (فرع) فاذا قلنا تقبل شهادته اذا تاب فبأي شيء تعرف توبته قال ابن المواز تعرف بالصلاح والدؤب في الخير وقد أشار اليه ابن الماجشون ووجه ذلك ان حاله الأولى كانت حال عدالة في الظاهر وقد وقع منه معها ما دل على انها غير عدالة فلا تثبت له توبة الا بزيادة خير على ما كان عليه عند وجود شهادة الزور منه كالقاذف اذا كان عدلا حين قذفه

(فصل) وقول عمر والله لا يؤسر رجل في الاسلام بغير العدول قيل معناه لا يحبس والأسر الحبس ويحتمل أن يريد به لا يملك ملك الاسر لاقامة الحقوق عليه الا بالصحابة الذين جميعهم عدول أو بالعدل من غيرهم فمن لم يكن من الصحابة ولم تعرف عدالته لم تقبل شهادته وهذا مذهب مالك والشافعي وقال أبو حنيفة مجرد الاسلام يقتضي العدالة فكل من أظهر الاسلام حكم له بالعدالة وقبلت شهادته حتى يعرف فسقه وحكى عنه أبو بكر الرازي ان ذلك الى زمن أبي حنيفة لان القرن الثالث آخر القرون التي أثنى عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما من بعد القرن الثالث فلا يكفي في عدالتهم مجرد

الاسلام والدليل على ما نقوله قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء وقال وأشهدوا ذوى عدل منكم وهذا شرط اعتبار الرضى والعدالة وذلك معنى يزيد على الاسلام أو على اظهاره ودليلنا من جهة القياس ان العدالة لما كانت شرطا فى صحة الشهادة كان الجهل بوجودها مثل العلم بعدمها كالاسلام وقد روى عن عمر بن الخطاب انه كتب الى أبى موسى الأشعرى ان المسلمين عدول بعضهم على بعض يحتمل أن يكون ذلك قبل أن يبلغه ما بلغ و يحتمل أن يكون معنى ذلك أن الاسلام شرط فى العدالة وانه لا يقبل أحد غيرهم لانه محال أن يريد به قبول شهادة مسلم علم منه فسق والله أعلم (مسئلة) وللشاهد صفات لا يجوز أن يعرى منها أن يكون بالغا حرا عاقلا مسلما عدلا عارفا بالشهادة وصفة تحملها التى يجوز معها اقامتها متحرزا فيها وانما شرطنا البلوغ لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهذه صفة البالغ المكلف لان الأمر والنهى لا يتوجه الا اليه ومن جهة المعنى ان الشاهد انما يجب أن يكون ممن يخاف و يتحرج من الاثم فيشهد بالحق ويتوقى الباطل والصغير لا يأثم بشئ ولا يخاف عقوبة فلا شئ يردعه من كتمان الحق والشهادة بالباطل وانما شرطنا العقل لان عدمه معنى ينافى التكليف كالصغر (فرع) اذا ثبت ذلك فقد روى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية فى ابن خمس عشرة سنة لم يحتلم لا تجوز شهادته الا أن يحتلم أو يبلغ ثمانى عشرة سنة فتجوز شهادته وقال ابن وهب تجوز شهادة ابن خمس عشرة سنة وان لم يحتلم وجه قول ابن القاسم ان هذا لم يحتلم ولا بلغ السن الذى لا يبلغه غالبا الا محتلم فأشبه ابن عشرة أعوام لان الخمس عشرة سنة قد يبلغها من لا يحتلم واحتج ابن وهب فى ذلك بان النبى صلى الله عليه وسلم أجاز ابن عمر وهو ابن خمس عشرة سنة قال ابن عبد الحكم وغيره فى غير العتبية انما أجازه لما رآه مطيقا للقتال ولم يسأله عن سنه وليس فى هذا دليل على انه حد للبلوغ (مسئلة) وانما شرطنا الحرية خلافا لمن قال شهادة العبد مقبولة لان الرق نقص يمنع الميراث فنافى الشهادة كالكفر (مسئلة) وانما شرطنا الاسلام خلافا لمن جوز شهادة الكفار على المسلم فى الوصية حال السفر وان كانوا مجوسا لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله واشهدوا ذوى عدل منكم ولم يخص سفرا من حضر والدليل على ما نقوله ان هذه حالة من أحوال الانسان فلم تجز فيها شهادة الذمى على المسلم كحال الامامة واما تعلقهم بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان أنتم ضربتم فى الأرض فأصابتكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لا نشترى به ثمنا ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله انا اذا لمن الآثمين فان عثر على انهما استحقا اثما فآخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الأوليان فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا انا اذا لمن الظالمين ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها أو يخافوا أن ترد أيمان بعد أيمانهم قالوا فوجه الدليل من ذلك ما روى عن ابن عباس انه قال خرج رجل من بنى سهم مع تميم الدارى وعدى بن بداء فمات السهمى بارض ليس فيها مسلم فلما قدما فقدوا جاما من فضة مخوص بذهب فاحلفهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وجدوا الجام بمكة فقالوا ابتعناه من تميم وعدى فقام رجلان من أوليائه فحلفا لشهادتنا أحق من شهادتهما وان الجام لصاحبهم قال ابن عباس وفيهم نزلت هذه الآية يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت والجواب أن الآية لا تتضمن شيأ مما ذكرتم وقد قال الحسن البصرى

ان معنى قوله تعالى ذوا عدل منكم يريدون قبيلكم أو آخران من غيركم يريد من غير الاسلام فلا يكونان شهيدين ويكون حكمهما ماتضمنته الآية من استحلافهما * وجواب ثالث وهو ان سبب نزول هذه الآية وماذكر فى ذلك عن ابن عباس ينافى الشهادة ولذلك استحلفوا ولو كانوا شهودا لم يستحلفوا لانه لاخلاف فى ان الشاهد لاتجب عليه يمين وانما يستحلف من ادعى عليه حق ولذلك روى عن مجاهد أنه قال معنى الآية أن يموت الرجل فيحضر موته مسلمان أو كافران لايحضره غيرهما فان رضى ورثته ماغاب عليه من التركة فذلك ويحلف الشاهدان انهما الصادقان فان غيرا ووجد لطخ أو لبس أو شبه حلف الاوليان من الورثة واستحقا وأبطلا أيمان الشاهدين وقد يسمى الحالف شاهدا ويقول الحالف أشهد بالله ولذلك روى عن النخعى كانوا يضربوننا على الشهادة والعهد يعنى على اليمين على هذا الوجه (فرع) ولا تجوز شهادة الذمى على ذمى خلافا لأبى حنيفة فى قوله ان ذلك جائز والدليل على ذلك قوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم والعدالة تنافى الكفر ودليلنا من جهة القياس ان من لاتجوز شهادته على مسلم لم تجز شهادته على كافر كالمجوسى والحربى (مسئلة) ولا تجوز شهادة الفاسق لان من شرط الشهادة العدالة لما تقدم وانما يراعى فى هذه الصفات وقت الأداء لا وقت التحمل فلو تحمل الشهادة وهو صغير عبد كافر ثم أداها بعد ان أسلم وبلغ وأعتق وكملت له صفات الشهادة قبلت شهادته ولو تحملها فى حال عدالة ثم أداها فى حال فسق لم تقبل شهادته وكذلك لو أشهدوا على شهادته فى حال فسقه ثم أداها من علمها عنه بعد ان بلغ العدالة لم تصح شهادتهم لان الاعتبار فى ذلك بصفاتهم وقت اشهاده على شهادته قال ذلك سحنون قال وهو قياس قول مالك وأصحابه (فرع) ولو شهد الشاهدان بها عند الحكم فردها لمعنى من هذه المعانى ثم زال من ذلك المعنى لم يصح أداؤها لها ولو أدياها لم يجز للحاكم الحكم بها هذا قول مالك والشافعى وقال الحكم بن عيينة ان ردت شهادته لصغر أو رق أو كفر قبلت بعد ذلك وان ردت لفسق أو تهمة لم تقبل بعد ذلك مثل أن يشهد لزوجته بشهادة فترد ثم يطلقها فانه لايقبل لها فى تلك الشهادة وبه قال أبو حنيفة والدليل على مانقوله ان هذا ردت شهادته لمعنى فيه أوجب ردها فلم يجز قبوله فيها وان زال ذلك المعنى كالفسق (مسئلة) وانما شرطنا أن يكون عالما بتحمل الشهادة لانه من لم يكن عنده علم لتحملها لم يؤمن عليه الغلط فيها وترك ماهو شرط فى صحتها وانما شرطنا أن يكون متحرزا فيها لان من لم يكن متحرزا لم يؤمن عليه التخيل من أهل التخييل فيشهد بالباطل ولم يعلم (مسئلة) وهل من شرطه أن لا يكون مولى عليه روى أشهب عن مالك فى العتبية والمجموعة ان شهادة المولى عليه تجوز ان كان عدلا قال ابن المواز وهذه رواية ابن عبد الحكم وقال أشهب لاتجوز شهادته وان كان مثله لو طلب ماله أخذه قال ابن المواز وهو أحب الى قال ولا تجوز شهادة البكر فى المال حتى تعنس وان كانت من أهل العدل وجه القول الأول قوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم ولم يفرق بين المولى وغيره وانما الولاية عليه لقلة معرفته بحفظ المال وتثميره وذلك لايمنع قبول شهادته مع العدالة ووجه القول الثانى ان من شرط الشاهد أن يعرف التحرز فاذا لم يكن من أهل التحرز فى حفظ ماله ولا يوثق به فى ذلك فبان لا يوثق به فى أداء شهادته أولى

(فصل) اذا ثبت ذلك فالشهود على ثلاثة أقسام قسم يعرف الحاكم عدالته وقسم يعرف فسقه وقسم يجهل أمره فأما القسم الأول وهو من يعرف عدالته فيجب على الحاكم الحكم بشهادته ان لم يكن للمحكوم عليه مدفع فيها قال سحنون فى العتبية وذلك مثل الرجل المشهور بالعدالة وعند

الحاكم من معرفته مثل ما عنده من بعدله فهذا الذي على الحاكم أن يقبله وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم اذا كان القاضي يعرف الرجل وكان يزكيه عند غيره لو لم يكن قاضيا فهذا الذي يسعه قبول شهادته وأما الضرب الثاني وهو من يعرف فسقه فلا يجوز له أن يحكم بشهادته بل يجب عليه ردّها وذلك على ضربين أحدهما أن يعرف الحاكم فسقه والثاني أن يجرح عنده بأنه يرتكب محظورا كالزنا والسرقة وشرب الخمر والعمل بالربا قال الشيخ أبو اسحاق ولا تقبل شهادة أحد من أهل الأهواء وان كان لا يدعو الى بدعته وتقبل شهادة القراء في جميع الأشياء الا شهادة بعضهم على بعض فانهم يتحاسدون كالضرائر وقد اختلف في شهادة القراء بالألحان وأحب الىّ أن لا تجوز والبخيل الذي ذمه الله ورسوله هو الذي لا يؤدّي الزكاة فمن أدّى زكاة ماله فليس ببخيل ولا ترد شهادته وقال بعض أصحابنا ان شهادة البخيل مردودة وان كان مرضى الحال يؤدّي زكاة ماله لانه ساقط المروءة وذلك يمنع قبول الشهادة وكذلك ترد شهادة من يترك واجبا كترك الصلاة والصيام حتى يخرج الوقت المشروع لها وأما ترك الجمعة فجرحة في الجملة واختلف في تركها مرة واحدة فقال أصبغ هي جرحة كالصلاة من الفريضة فتركها مرة واحدة فيؤخرها عن وقتها وهذا ظاهر ما روى عن ابن القاسم في العتبية وقال سحنون لا يكون جرحة حتى يتركها ثلاثة متوالية ومثله روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك (مسئلة) وهذا ما كان من العبادات على الفور وأما ما كان على التراخي فانها لا تبطل شهادته حتى يترك ذلك المدة الطويلة التي يغلب على الظن تهاونه بها مع تمكنه من أدائها قال سحنون فمن كان صحيح البدن متصل الوفر قد بلغ عشرين سنة الى ان بلغ ستين سنة فلا شهادة له وان كان من أهل الأندلس يريد اذا ترك الحج (مسئلة) وأما ترك المندوب اليه بما كان منه يتكرر ويتأكد كالوتر وركعتي الفجر وتحية المسجد وما قد واظب عليه الناس فان أخل أحد بفعله مرة أو مرارا لعذر أو غير عذر فلا تسقط بذلك عدالته وأما من أقسم أن لا يفعله أو تركه جملة فان ذلك يسقط شهادته والأصل في ذلك قوله تعالى ولا يأتل أولو الفضل منكم والسعة أن يؤتوا أولي القربى والمساكين والمهاجرين في سبيل الله وما روى عن عائشة قالت سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم صوت خصوم بالباب عالية أصواتهما فاذا أحدهما يستوضع الآخر ويسترفقه في شئ وهو يقول والله لا أفعل فخرج عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أين المتألي أن لا يفعل المعروف فقال أنا يا رسول الله فله أيّ ذلك أحب فوجه الدليل فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم أنكر عليه يمينه بذلك انكارا اقتضى اقلاعه عنه وتوبته منه فمن أصر على مثل ذلك وجب رد شهادته وأما الذي قال النبي صلى الله عليه وسلم حين أخبره بالفرائض والله لا أزيد على هذا ولا أنقص منه فانه لم يحلف على أن لا يأتي بنافلة ولا يعمل شيأ من الخير ولكنه أقسم أن لا يفعل على وجه الوجوب عند ما أخبره به النبي صلى الله عليه وسلم عن وجوبه وان أجاز أن يفعل غير ذلك من جنسه على وجه النفل ويحتمل أن يريد بذلك انه لا يزيد عليه زيادة تفسده فلا يزيد على ركعات الصلاة فيصليها خمسا ولا ينقص منها فيصليها ثلاثا وان جاز أن يزيد فيها وينقص منها ما لا يخل بصحتها

(فصل) وأما من جهل الحاكم أمره فلا يعرفه بعدالة ولا فسق فلا يخلو أن يتناول شهادة ما يعدم شهادة أهل العدل فيه في الأغلب أو ما لا يعدم ذلك منه فأما ما يعدم ذلك فيه غالبا مثل شهادة أهل الرفقة بعضهم على بعض فيما يختص بمعاملات السفر من بيع أو شراء أو قرض أو كراء أو قضاء وما

جرى مجرى ذلك فأما بيع العقار والأموال التى لم تجر العادة ببيعها فى السفر فلا يقبل فيها الا العدول وكذلك ما شهد به بعضهم على بعض فيما يوجب الحد أو الضرب كالسرقة والتلصص والزنا والغصب الموجب للضرب فلا يقبل فى ذلك الا أهل العدالة وانما تجوز شهادة التوسم فى الأموال لصلاح السفر واتصال السبل وروى ذلك ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ووجه ذلك ما احتج به الشيخ أبو اسحاق من قوله تعالى واسأل القرية التى كنا فيها والعير التى أقبلنا فيها وانا لصادقون ومن جهة المعنى ما تدعو اليه الضرورة فى السفر من قبول أهل الرفقة ومن لا يكاد يوجد فيها غيرهم (مسئلة) وانما يقبلون على التوسم وذلك أن يتوسم فيهم الحاكم الحرية والاسلام زاد الشيخ أبو اسحاق والمروءة والعدالة ولا يمكن المشهود عليه من تجريحهم لان من اجترأ على غير العدالة لا يمكن من تجريحه كالصبيان وان ارتاب السلطان ريبة قبل الحكم فان كان سبب الريبة قطع يد أو رجل أو جلد ظهر فليتوقف ويتثبت فى توسمه فان ظهر له نفى تلك الريبة والا أسقطهم ولو شهد منهم واحد أو امرأة أو عدد لا توسم ان الذين قبلوا بالتوسم عبيد أو مسخوطون وذلك قبل الحكم فان السلطان يتثبت فيهم ويكشف عنهم فان ظهر له بعض ما قيل أمسك عن امضاء شهادتهم وان لم يظهر له ذلك حكم بها وان كان ذلك بعد الحكم بشهادتهم فلا ترد بشئ مما ذكرناه قبل هذا الا أن يشهد عدلان انهما أو أحدهما على صفة تمنع قبول الشهادة (مسئلة) وأما اذا تناولت شهادة الشاهدين ما لا يعدم شهادة أهل العدل فيه غالبا فانه لا يقبل شهادتهما الا بعد التزكية روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ليس تعديل الشهداء الى المشهود عليه وانما ذلك الى الحاكم ينظر فى ذلك لنفسه سمى له ذلك المشهود عليه أو لم يسم وفى ذلك خمسة أبواب * الباب الأول فى عدد المزكين * والباب الثانى فى صفة المزكى * والباب الثالث فى معنى العدالة وما يلزم المزكى من معرفة ذلك * والباب الرابع فى لفظ التزكية * والباب الخامس فى تكرار التعديل وما يلزم منه

(الباب الاول فى عدد المزكين)

وذلك على وجهين تزكية علانية وتزكية سرية فأما تزكية العلانية ففى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك لا يجزئ فى التزكية أقل من اثنين ووجه ذلك قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وهذا فى كل شئ الا فى تزكية شهود الزنا فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك لا يعدل كل واحد الا أربعة وقال ابن الماجشون يجوز فى تعديلهم ما يجوز فى تعديل غيرهم اثنان على كل واحد أو أربعة لجميعهم (مسئلة) وأما تزكية السر فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ ينبغى أن يكون للحاكم رجل عرف دينه وفضله وميزه وتحرزه لا يعرفه أحد سوى الحاكم فيبحث عن أحوال الناس ويكتم بذلك فاذا كلفه القاضى أن يتعرف له حال شاهد تسبب الى ذلك بالبحث والسؤال من حيث لا يعلم به أحد ثم يعلم الحاكم بما عنده من ذلك فهذه تزكية السر (فرع) وكم عدد المزكين فى السر ففى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك يكفى فى ذلك الرجل الواحد العدل وفى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك لا أحب أن يسأل فى السر أقل من اثنين وقال سحنون لا يقبل فى السر الا اثنان ووجه القول الأول انه نائب عن الحاكم فاقتضى ذلك انفراده ووجه القول الثانى أنها شهادة فى تعديل كتزكية العلانية (مسئلة) والأفضل فى التعديل أن يجمع بين السر والعلانية وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ لا ينبغى أن يكتفى بتعديل العلانية دون تعديل السر وقد يجزى تعديل السر عن تعديل

العلانية ووجه ذلك أن تعديل السر لا يجتزى في ذلك السائل الا بالخبر الفاشي المتكرر المحقق الذي يقع به العلم للمستخبر ولذلك لا يعذر فيه الى أحد وأما تعديل العلانية فيقبل في ذلك شاهدان فلا يقوى قوة ما يقع به العلم ولذلك يعذر فيه الى المشهود عليه فاذا أمكن أن يجمع بين الأمرين فهو أولى ليستوى في تعديله السر والجهر وان اقتصر في الرجل المشهور الفضل بتزكية السر فلا بأس بذلك لما عليه من الغضاضة بمطالبته بالتزكية والتوقف في قبول شهادته حتى يزكى فان لم تعلم حالته بالسؤال في السر عن أمره ولم يوجد من يخبر بذلك عنه الا الرجلان والثلاثة اضطر في أمره الى تزكية العلانية واجتزئ بها في الذي لم تشتهر عينه وفي المدونة يكفي في ذلك أن يزكى في السر أو العلانية والله أعلم وأحكم

(الباب الثاني في صفة المزكي)

روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ لا يجوز تعديل الرجل وان كان عدلا حتى يعرف وجه التعديل ورواه مطرف عن مالك وقال سحنون من رواية ابنه عنه لا تقبل تزكية الابله من الناس وقال سحنون وليس كل من تجوز شهادته يجوز تعديله ولا يجوز في التعديل الا المبرز النافذ الفطن الذي لا يخدع في عقله ولا يستزل في رأيه ووجه ذلك أن معرفة أحوال الناس ومعرفة الجائز منها من غيره مما يخفى ولا يعلمه الا آحاد الناس وأهل الميز والحذق منهم وأما دفع عقد الى شاهد يشهد فيه بما يشهده عليه المتعاقدان في بيع أو غيره فذلك أمر ظاهر يبعد من الخطأ والخادعة لمن له أقل معرفة وأيسر جزء من التحرز (فرع) ولا يجوز أن يكون المعدلان غير معروفين عند الحاكم فيزكيان عنده اذا كان شاهد الأصل من أهل البلد وان كان غريبا جاز ذلك قاله مالك في المدونة وغيرها ووجه ذلك أن الغريب قد يكون مجهول الحال في البلد فلا يعرف عدالته الا من يعرف الحكم فيحتاج أن يعرف به وأما الساكن بالبلد فحاله في الأغلب معلومة كحال المزكي له فلا يقبل في تزكيته الا أهل العدالة على ما وصفنا قبل هذا

(الباب الثالث في معنى العدالة وما يلزم المزكي من معرفة ذلك)

من لا يعرفه الحاكم بهذه الصفة يطلب فيه التزكية قال سحنون يزكيه عنده من يعرف باطنه كما يعرف ظاهره من صحبه الصحبة الطويلة وعامله بالأخذ والاعطاء قال ابن سحنون عن أبيه في الحضر والسفر * قال مالك كان يقال لمن مدح رجلا أصحبته في سفر أخالطته في مال * قال مالك في الرجل يصحب الرجل شهرا فلا يعلم منه الا خيرا لا يزكيه بهذا وهو كبعض من يجالسك وليس هذا باختبار وقال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في الشاهد لا يعرفه القاضي بعدالة ولا فساد الا أنه ممن يحضر الصلوات في المساجد قال سحنون يعرفه بظاهر جيل من أهل المساجد والجهاد قال ابن القاسم لا يقبل شهادته ويطلب فيه التزكية قال سحنون لا يزكيه بذلك (مسئلة) اذا ثبت أن التزكية تفتقر الى أن يعرف المزكي من حال الشاهد ما ذكرناه ففي العتبية عن سحنون ما معناه انه لا يؤثر في ذلك أن يقارف بعض الذنب كالأمر الخفيف من الزلة والفلتة فمثل هذا لا يمنع من عدالته * قال مالك من الناس من لا تذكر عيوبهم يكون عيبه خفيفا والأمر كله حسن ولا يعصم أحد من أهل الصلاح وتقبل شهادة اللاعب بالشطرنج ولو لم تقبل الا ممن لا يقارف شيأ من العيوب ما قبلت لأحد شهادة (مسئلة) ويزكى الشاهد وهو غائب عن القاضي قاله ابن القاسم في المدونة معناه والله أعلم انه مشهور العين والاسم عند القاضي والمزكي معروف العين وان لم يكن

كذلك فلا يزكى الاعينه وقد روى ابن سحنون عن أبيه يصح أن يزكى المزكى رجلا لا يعرف اسمه وقاله ابن كنانة * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ومعنى ذلك عندى انه زكاه على عينه وان هذا أمر يقل و يندر اذا كان لا يصح تزكيته له الا بعد المداخلة فى السفر والحضر والمعاملة الطويلة بالاخذ والاعطاء ويكون مع ذلك لا يعرف اسمه الا أن يكون مشهورا بكنية كأبى بكر بن عبد الرحمن بن الحرث بن هشام وأبى بكر بن عباس أو يغلب عليه لقب قد رضيه كأشهب بن عبد العزيز واسمه مسكين وكنيته أبو عمرو وأشهب لقب وكذلك سحنون اسمه عبد السلام وكنيته أبو سعيد وسحنون لقب فمثل هذا يمكن فيه ما قال والله أعلم ومع ذلك فانى أقول ان الجهل باسمه يؤثر فى تزكيته وانما يقل مع ما شرط من سبب معرفته

(الباب الرابع فى لفظ التزكية وحكمها)

قد قال مالك من رواية ابن وهب عنه فى المزكى يقول لا أعلم الا خيرا * قال مالك ويلقاه فى الطريق ولا يعلم منه الا خيرا ولا يجوز هذا قال سحنون ولا يجزئه أن يقول هو صالح وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ يجزئه فى ذلك لفظ العدل والرضى وقال القاضى أبو بكر كل لفظ كنى به عن العدل والرضى فانه يجزئ وانما اختير لفظ العدل والرضى لأنه الذى ورد به القرآن قال الله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم وقال عز من قائل ممن ترضون من الشهداء قال الشيخ أبو القاسم ولا يقتصر على أحد الوصفين من العدل والرضى حتى يجمعهما (فرع) اذا ثبت أن الاعتبار بمعنى العدالة وأن الاختيار لفظ العدالة والرضى فقال مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ يجزئه أن يقول أراه عدلا رضى وليس عليه أن يقول وأعلمه عدلا رضى جائز الشهادة ولا يقبل منه اذا قال لا أعلمه الا عدلا رضى قال سحنون ولا يقبل منه حتى يقول انه عدل رضى وجه الرواية الاولى أن التعديل اخبار عما يعتقد فيه من الصدق لما ظهر اليه من الاحوال المرضية ولا يصح أن يقطع على مغيبه وجه الرواية الثانية التزكية وان الرضى والعدالة متعلقة بما ظهر اليه من أحواله وذلك مقطوع به

(الباب الخامس فى تكرير التعديل وما يلزم منه)

قد روى فى المجموعة أشهب عن مالك فى الرجل يشهد فيزكى ثم يشهد ثانية قال تقبل شهادته بالتزكية الاولى وليس الناس كلهم سواء منهم المشهورون بالعدالة ومنهم من يغمص منه الناس قال ابن كنانة أما الذى ليس بمعروف فانه يؤتنف فيه تعديل ثان وأما المشهور بالعدالة فالتعديل الاول يجزئ فيه حتى يجرح بأمر بين وروى ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون ليس عليه ائتناف تعديل الا أن يغمز فيه بشئ أو يرتاب منه ولا يزيده طول ذلك الا خيرا وجه القول الاول الذى ليس بمشهور العين ولا مشهور العدالة فانه يمكن أن يكون فيه أحوال خفيت عن المعدلين وربما يتعذر تجريحه على المشهود عليه لخفاء عينه وقلة العلم به فيؤتنف فيه التعديل ليحقق أمره ويستبرأ حاله ووجه القول الثانى ان الحكم الاول بتعديله باق لا ينقضه التجريح والارتياب فلا يلزم تجديد حكم آخر فيه (فرع) فاذا قلنا انه يؤتنف فيه التعديل فقد قال أشهب فى المجموعة ان شهد مرة ثانية بعد زمان الخمس سنين ونحوها فليسئل عنه المعدل الاول فان كان قد مات عدل مرة أخرى والا لم يفعل وروى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية ان كانت الشهادة الثانية قريبة من الاشهر وشبهها ولم يطل جدا لم يكلف تزكية وان كان قد طال فليكشف عنه ثانية طلب ذلك المشهود عليه أو لم يطلب

والسنة كثير (مسئلة) ومن الذى يكلف تعديله فى العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم انه يسأله من يعدله فان لم يأته بذلك فلا يقبله قال سحنون ولا يطلب التزكية من الشاهد وذلك على الخصم وانما عليه أن يجيز الحكم ممن يعرفه ومن يعدله * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وهذا هو الأظهر عندى فاذا قلنا بذلك فان الحاكم يكلف من يشهد له يزكيه من لا يعرفه فان زكاه والارد شهادته لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء واذا لم يعرف عدالته لم يرضه ص * مالك انه بلغه أن عمر بن الخطاب قال لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين * ش قوله لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين قال ابن كنانة فى المجموعة الخصم فى هذا الحديث الرجل يخاصم الرجل فى الامر الجسيم مثله يورث العداوة والحقد فمثل هذا لا تقبل شهادته على خصمه فى ذلك الامر وفى غيره وان خاصمه فى الاخطب له كثوب قليل الثمن ونحوه مما لا يوجب عداوة فان شهادته عليه فى غير ما يخاصمه فيه جائزة وقال يحيى بن سعيد الخصم فى هذا الحديث الوكيل وقاله ابن وهب * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والوجهان عندى محتملان فيحتمل أن يريد به العدو المخاصم ويحتمل أن يريد به الوكيل على خصومته لا تقبل شهادته على ما يخاصم فيه (مسئلة) وكذلك اذا كان حقا لله تعالى فقام به أحد يطلبه ويخاصم فيه فانه لا تقبل شهادته فيه قاله ابن القاسم فى العتبية وروى ابن حبيب عن مطرف ان شهادته جائزة وجه قول ابن القاسم ان الناس قد جبلوا على أن من خاصم فى شئ ان له اتمامه والنفاذ فيه فلا يؤمن على هذا المخاصم أن يزيد فى شهادته ما ينفذ به فيما يحاوله ووجه قول مطرف ان هذا حق لله تعالى فلا يتهم أحد فيه لان الواجب على كل أحد القيام به ولو لم تقبل شهادة قائم به لما قبلت شهادة أحد لان كل أحد يتعين عليه القيام به والقائم به لا يجر به منفعة الى نفسه فلا يمنع ذلك من قبول شهادته (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان خصومتهما معتبرة بالتهمة فى أداء الشهادة فان أداها قبل الخصومة ثم حدثت الخصومة قبل الحكم * قال القاضى أبو الوليد فالصواب عندى الحكم بها وان تحملها قبل الخصومة ثم حدثت الخصومة فان كان أشهد بها قبل الخصومة ثم أداها بعد الخصومة فهى جائزة حكاه الشيخ أبو محمد فى نوادره عن ابن الماجشون وان لم يشهد بها وأداها فى حال الخصومة أو بعدها بالقرب منها فهى غير جائزة وان كان بعدها مدة لا تلحق فى مثلها التهمة جازت الشهادة وان أداها قبل العداوة ثم حدثت العداوة قبل الحكم بها فقد قال ابن القاسم وأشهب ان الشهادة ماضية يجب الحكم بها (فرع) وقوله ولا تجوز شهادة خصم ولا ظنين يريد لا يجوز أداؤها وأما تحملها فمعتبر بوقت أدائها وللشهادة حالان حال تحمل وحال أداء وانى أفرد لكل واحد منهما بابا ان شاء الله تعالى

(الباب الأول فى تحمل الشهادة)

أما تحمل الشهادة فعلى ثلاثة أضرب أحدها تحمل نقلها من الأصل والثانى تحمل نقلها عن الشهود والثالث تحمل نقل حكمها عند الحاكم فأما تحمل نقلها من الأصل فعلى ضربين أحدهما أن يسمع لفظ الذى عليه الحق بالشهادة له أو اقراره والضرب الثانى أن يشهد على ما تقيد فى كتاب فأما الضرب الاول وهو أن يسمع ما يشهد به فهو اذا وعاه جاز له أن يشهد به ويلزمه ذلك اذا لم يقم بالشهادة غيره وتجوز على هذا شهادة الأعمى خلافا لأبى حنيفة فى قوله لا تجوز ما تحمل حال العمى وللشافعى فى قول ولا تجوز شهادته الا أن يكون المشهود له والمشهود عليه فى يديه الى أن تؤدى الشهادة بالاشارة اليهما والدليل على ما نقوله ان كل من صح منه معرفة المقر والمقر له جاز أن تقبل شهادته

* وحدثنى مالك انه بلغه أن عمر بن الخطاب قال لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين

بينهما مع العدالة كالمبصر والأعمى يعرف ذلك بمعرفة الصوت يدل على ذلك ما احتج به سحنون من انه يجوز له أن يطأ امرأته بمعرفة صوتها ويؤيد ذلك انه يجوز له أن يحلف على حقه بمعرفة صوت مبايعه والمقترض منه قال المغيرة وابن نافع وسحنون سواء ولد أعمى أو عمي بعد ذلك (مسئلة) وأما اذا لم يع جميع ما شهد به فان كان نسي منه ما لا يخل بما حفظ فليشهد بما حفظ وتيقنه دون ما يشك فيه وان كان نسي ما يخاف أن يكون مؤثرا لما حفظ ومغيرا لحكمه فلا يشهد به وهذا حكم الاقرار فيمن سمع رجلا يحدث غيره بما فيه اقرار ففي المدونة عن ابن القاسم قال مالك في الرجل يمر بالرجلين يتكلمان ولم يشهداه فيدعوه أحدهما الى الشهادة انه لا يشهد قال ابن القاسم الا ان يستوعب كلامهما * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وذلك عندي على وجهين أحدهما أن يكون لمالك في ذلك قولان أحدهما انه لا يشهد به على الاطلاق مخافة الاستغفال والتحيل على المقر والثاني انه يلزمه أداء الشهادة اذا استوعب الكلام ولم يفته ما يخاف أن يخل بالمعنى والوجه الثاني أن يكون ما قاله ابن القاسم تفسيرا لقول مالك والوجه الاول أظهر لقول ابن القاسم قول مالك الاول لا يشهد وفي الموازية عن مالك ما يقوي هذا التأويل فيمن سمع رجلين يتنازعان فأقر أحدهما للآخر ولم يشهد السامع لا يشهد الا أن يكون قاذفا وقال أشهب هذه رواية فيها وهم وليشهد بما سمع من اقراره وان لم يعلم المقر له فليعلمه وقد اختلف قول مالك وأقوال أصحابه فيما يتعلق بهذا المعنى ويرجع اليه ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم في شهادة المختفي على الاقرار اذا كان المقر ممن يخاف أن يخدع أو يستضعف لم يلزمه ذلك ويحلف انه ما أقر الا لما ذكر من ذلك وأما من لا يخاف عليه ذلك وهو في الخلوة يقر ويجحد عند البينة فعسى أن يلزمه ذلك ورواه ابن المواز عن مالك قال عيسى بن دينار أرى ذلك ثابتا وسئل سحنون عن ذلك فقال حدثنا ابن وهب أن الشعبي وشريحا كانا لا يجيزان ذلك فظاهر ما جاوب به من الرواية الأخذ بها في المنع واختلف قول مالك في الرجلين يتحاسبان بحضرة رجلين ويشترطان عليهما أن لا يشهدا بما يقران به فيقر أحدهما فيطلبهما الآخر بالشهادة فروى ابن القاسم عن مالك يمتنعان من الشهادة ولا يعجلا فان اصطلح المتداعيان والا فليؤديا الشهادة وروى عنه ابن نافع لا أرى بامتناعهما من الشهادة بينهما بأسا وقال الشيخ أبو اسحق لا تجوز شهادة الحاكم بما سمع من الخصوم وكذلك شهادة من توسط بين اثنين (مسئلة) اذا سأل المستفتي فقيها عن أمر ينوي فيه ولو أقر عند الحاكم أو أسر به بينة لم ينو وفرق بينه وبين امرأته فأتته الزوجة تسأله عن الشهادة ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم لا يشهد عليه زاد ابن المواز ولو شهد لم ينفعها الا ان اقراره على غير الاشهاد وما أقر به من طلاق أو حد مما لا رجوع له عنه ثم أنكر فليشهد به عليه وقال الشيخ أبو اسحق ولا تجوز شهادة الفقيه بما يسئل عنه

(فصل) وأما اذا شهد على ما تقيد في كتاب فلا يخلو أن يكون غير مختوم أو مختوما فان كان غير مختوم فعندي انه يلزمه أن يقرأ ما تقيدت به الشهادة في آخر العقد ان كان يقرأ أو يقرأ له ان كان أميا أو أعمى ليعلم بذلك موافقة تقييد الشهادة لما شهد به وان كان الكتاب مختوما ففي المعونة للقاضي أبي محمد اختلف قول مالك فيمن دفع الى شهود كتابا مطويا وقال اشهدوا علي بما فيه هل يصح تحملهم للشهادة أم لا وكذلك الحاكم اذا كتب كتابا الى حاكم وختمه وأشهد الشهود بأنه كتابه ولم يقرأ عليهم فعنه في ذلك روايتان احداهما ان الشهادة جائزة والاخرى انهم لا يشهدون به الا أن يقرؤه وقت تحمل الشهادة فوجه الجواز انه أشهدهم على اقراره بما في كتاب عرفوه فصح تحملهم للشهادة

وأصله اذا قرأه عليهم واستدل القاضي أبو اسحق لذلك بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع كتابا الى عبد الله بن جحش وأمره أن يسير ليلتين ثم يقرأ الكتاب فيتبع ما فيه قال ووجه المنع قوله تعالى وما شهدنا الا بما علمنا واذا لم يقرؤا الكتاب لم يعلموا ما يشهدون به فلم تجز شهادتهم

(الباب الثاني في حال أداء الشهادة)

أما حال الاداء فان كان يؤدي شهادة حفظها فحكمه أن يكون حافظا لها حين الاداء اما لانه استدام حفظها واما لانه قيدها في كتاب يذكرها منه حال الاداء على وجه لا يشك في صحته وقد يكون ذلك في كتاب يتفقده عند نفسه وقد يكون في كتاب عقد المشهود له به عقدا بما علم في الشاهد من ذلك وهذا يسميه أصحاب الوثائق عقد استرعاء وصفته أن يكتب شهد من تسمى في هذا الكتاب من الشهداء انهم يعرفون كذا ثم يكتب الشاهد شهادته ويسلم العقد الى صاحبه المشهود له فاذا احتاج اليه ودعى الشاهد الى الشهادة لزم الشاهد أن ينظر فيه فان كان ذاكرا لجميعه ويذكر ذلك بقراءته أدى الشهادة على عمومها وان ذكر بعضه شهد بما ذكر منه وان لم يذكر شيأ منه فلا يشهد (مسئلة) وأما ان كان أشهد على عقد تبايع أو نكاح أو هبة أو حبس أو اقرار مما لا يلزم الشاهد حفظه وانما يلزمه مراعاة تقييد الشهادة في آخره فان كان يذكر انه أشهد عليه ويعرف خطه ولا يستريب بشيء من الكتاب في محو ولا بشر ولا الحاق فليؤد الشهادة وعلى الحاكم أن يعمل بها وان استراب بشيء فلا يشهد لانه شاك فيما شهد على حقه بمعرفة صوت مبايعه والمقترض منه وان لم يذكر الشهادة فان ميز خطه ولم يذكر انه أشهد ولا أنه كتبه فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك ان عرف خطه ولم يذكر الشهادة ولا شيأ منها فان لم يكن في الكتاب محو ولا ريبة فليشهد بهما وان كان في الكتاب محو فلا يشهد ثم رجع فقال لا يشهد وان عرف خطه ثم يذكر الشهادة أو بعضها أو ما يدل منها على أكثرها قال ابن حبيب وبالأول أقول ولا بد للناس من ذلك وبه قال ابن الماجشون والمغيرة وابن أبي حازم وابن دينار وابن عبد الحكم وابن وهب وقال ابن القاسم وأصبغ بقوله الآخر (مسئلة) وأما اذا ذكر انه كتب شهادته وعرف خطه الا أنه لا يذكر ما فيه ففي المدونة من رواية ابن القاسم عن مالك لا يشهد بها ولكن يؤديها كما علم ولا يحكم بها وقال سحنون في العتبية اذا عرف خطه في كتاب لا يشك فيه ولا يذكر كل ما في الكتاب فقد اختلف فيه أصحابنا وقوله انه لم ير في الكتاب محوا ولا الحاقا ولا ما يستنكره ورأى الكتاب خطا واحدا فليشهد بما فيه وان لم يذكر من الكتاب شيأ ولا يجد الناس من هذا بدا (فرع) اذا ثبت ذلك فصفة اداء الشهادة قال ابن القاسم عن مالك في المدونة لا يشهد بها ولكن يؤديها كما علم ففرق بين الاداء والشهادة فكأنه أشار بالشهادة الى ما يعتقد أنه كامل ويورده ليعمل به وأشار بالاداء الى الاخبار بما عنده وانه غير كامل فلا يعمل به وقال أشهب عن مالك في العتبية في شهادة من رأى خطه في كتاب ولا يذكرها يرفعها الى الامام على وجهها وليقل هذا كتاب شبيه كتابي وأظنه اياه ولا أذكر شهادة ولا أني كتبتها يحكي ذلك ولا يقضي بها وان لم يكن في الكتاب محو وعرف خطه فقد يضرب على خطه وقال ابن الماجشون في الواضحة يشهد الذي لا يعرف الا خطه فيقول ان ما فيه حق وذلك لازم له وان ذكر للحاكم أنه لا يعرف من الشهادة شيأ وقد عرف خطه ولم يرتب في شيء فلا يقبلها وقال سحنون يقول اشهد بما في هذا الكتاب وهذا أمر لا يجد الناس منه بدا ولو أعلم القاضي بذلك رأيت أن يجيز شهادته اذا عرف أن الكتاب خط يده قال وجميع أصحابنا يقولون شهادته جائزة وهذا عندي هو الأظهر لانه لا يشهد بذلك حتى

يعرف خطه معرفة صحيحة لايشك فيها وقد قال ابن نافع اذا لم يعرف عدد المال فذلك الى الامام يعرفه الشاهد بأنه لايعرف ذلك وما أرى ذلك ينفع وقاله ابن وهب عن مالك فى العتبية يقضى القاضى بشهادته وان لم يشهد عنده على عدة المال وروى ابن القاسم عن مالك اذا لم يعرف عدد المال ردت شهادته وان ذكر أنه قد كان أشهد مع معرفة خطه وهذا عندى انما هو الخلاف فيمن قيد شهادته باسترعاء على معرفته بمال وعدده أو غير ذلك من الحقوق ثم نسى فهذا يحتمل الخلاف المذكور لانه لايجوز له أن يقيد شهادته الا على معلوم عند تقييد شهادته فاذا نسى بعد ذلك تيقن ماتضمنه العقد أو بعضه وذكر تقييده للشهادة وعرف انه لم يوقعها الا على معلوم احتمل الوجهين أحدهما اجازة شهادته لانه متيقن صحتها والثانى رد شهادته لانه عند الاداء غير ذاكر له وقد قال أبو زيد عن ابن القاسم اذا عرف خطه وأثبت من أشهده فى دار الا انه لايذكرانها التى فى هذا الكتاب لايشهد حتى يثبت مافى هذا الكتاب حرفا حرفا وهذا يدل على انه عقد استرعاء وأما ماشهد فيه من العقود فقد قدمنا انه لايلزمه تصفحه ولا قراءته ولا يتصفح منه الا موضع التقييد للشهادة ولذلك شهد على الحكام بالسجلات المطولة التى فيها الأوراق ولا يقرأ الا فى المدد الطوال مع القدرة على ذلك والتفرغ له وربما اجتمع النفر الكثير للاشهاد منه وان لزم كل انسان قراءته وتصحفه وتحفظه لتعذر الاشهاد فيه واذا ثبت انه لايلزمه قراءته ولا معرفة مافيه حين تقييد شهادته فبأن لايلزمه ذلك حين الاداء أولى وما احتج به من قوله وماشهدنا الا بما علمنا غير لازم انه اخبار عن شهادة معينة ولا يقول أحد ان الشهادة بالمعلوم غير جائزة وانما الخلاف فى الشهادة بما لم يعلم والآية لاتتضمن حكم هذا وأيضا فانا نقول بموجب ذلك فان الشاهد انما يشهد بما يعلمه من صحة تقييده الشهادة فى العقد على الوجه اللازم فى ذلك (مسئلة) ومن حكم أداء الشهادة أن يشهد بما يعلم ويقطع به فان شك فى شئ لم يشهد به قاله مالك فى المجموعة وأما من دعى الى شهادة فلم يذكرها زاد ابن القاسم فقال عند القاضى لاأذكرها ثم ذكرها قال ابن القاسم ثم عاد بعد أيام فشهد ففى الموازية عن مالك يقبل منه ان كان مبرزا الا يتهم ولم يمر من طول الزمن مايستنكر قال سحنون فى المجموعة ان قال أخرونى لاتفكر وانظر جازت شهادته ان كان مبرزا وان قال ماعندى علم ثم رجع فأخبر بعلمه فقد اختلف فيه عن مالك وأجازها ابن نافع فى المبرز فى القرب وجه اجازتها انه انما أخبر بان لاعلم له عنده فى ذلك الوقت وذلك لاينفى أن يكون علم ذلك قبله فاذا تذكر بعد ذلك ماتقدم علمه به جازت شهادته كما لو تقيدت شهادته فى عقد أشهد عليه فان أكثر الناس ينسى ذلك فاذا وقف على العقد ورأى خطه يذكر شهادته وجاز أداؤه لها ووجه القول بردها ان قطعه بنفى علمه ظاهره انه ليس عنده أصل ولا سبب يتذكر منه قال ابن حبيب انما هذا اذا سئل عند الحاكم أو سئل المريض عند نقلها عنه فأما فى غير هذين الوجهين فلا يضره ذلك (فرع) فاذا قلنا برد شهادته فقد قال ابن المواز عن أشهب ان قال كل شهادة أشهد بها بينكما زور لم يضره ذلك وليشهد وقال ابن حبيب من قال لخصم ما أشهد عليك بشئ ثم شهد عليه يقبل ذلك منه ولا يضره القول الأول وان كانت عليه بينة وهذا عند الحكم ومعنى ذلك عندى انه اذا وعده أن لايقيم عليه الشهادة ثم رجع عن ذلك الى الواجب من اقامتها عليه أو يكون نسى الشهادة ثم ذكرها فأداها والله أعلم وأحكم قال الشيخ أبو اسحق من شهد وحلف لم تقبل شهادته وأما محل نقل الشهادة عن الشهود ففيه بابان * أحدهما نقلها عن شهداء معينين * والباب الثانى فى نقلها عن شهداء غير معينين

(الباب الأول فى نقل الشهادة عن معينين)

فأما نقلها عن المعينين فيجب أن يكون ممن ينقل عنه متيقنا لما أشهد به غير شاك فى شئ منه فمن شك فى ذلك أو نسيه لم يصح نقلها عنه قاله مالك فى المجموعة (مسئلة) ومن سمع شاهدا ينص شهادته لم يجز أن ينقلها عنه حتى يشهده على ذلك ووجه ذلك ان المخبر قد يترك التحرز والاستيعاب للشهادة والمؤدى للشهادة يتحرز فيها ويؤديها أداء يقتضى العمل بها وأداء الشاهد شهادته الى من ينقلها عنه كادائها الى الحاكم ولو ان الحاكم سمعه ينص عليه ولا يؤدى الشهادة عنده لم يكن له العمل بها فكذلك الناقل لها عنه (فرع) ومن سمع شاهدا يشهد على شهادة غيره ولم يشهده فقد قال ابن المواز لا يشهد على شهادته واحتج اليه بخلاف المقر على نفسه ويحتمل هذا عندى الخلاف الذى بين أصحاب مالك فيمن سمع رجلا شهد عند قاض بشهادة ثم مات القاضى أو عزل فقال أشهب فى المواز بة لا ينقل الشهادة وقال مطرف فى الواضحة ينقل ذلك اذا سمعه يؤديها عند ذلك الماضى وتكون شهادة على شهادة قال أصبغ لا يجوز ذلك حتى يشهده أو يشهد على قبول القاضى لتلك الشهادة (مسئلة) قال أصبغ لا يجوز ذلك وانما يصح نقل الشهادة عن الشاهد الغائب أو المريض الحاضر اذا كانت غيبة الشاهد بعيدة حكاه ابن المواز الا المرأة فانه ينقل شهادتها وان كانت حاضرة صحيحة رواه ابن حبيب عن مطرف قال ولم أر بالمدينة قط امرأة قامت بشهادتها عند الحاكم ولكنها تحمل عنها ووجه ذلك أن يلزمها من الستر عذر يسقط فرض الجمعة فأباح تحمل الشهادة عنها كالمرض (فرع) وأما الغيبة القريبة كاليومين والثلاثة فى كتاب ابن المواز لا تنقل شهادته ووجه ذلك عندى أن يغيب عن مكانه اليومين والثلاثة وأما من كان بين موضعه وموضع القاضى مسيرة يومين أو ثلاثة فانه لا يلزمه أداؤها عند ذلك القاضى ويصح نقلها عنه وفى كتاب ابن سحنون عن أبيه اذا كان الشاهد على مثل ما تقصر فيه الصلاة الستين ميلا ونحوها لم يشخص الشهود من مثل ذلك ويشهد عنده من يأمر به القاضى فى ذلك البلد ويكتب بما أشهدوا له به عنده الى القاضى قال ابن المواز انما ينقل عنهم الشهادة اذا بعدت غيبتهم من يعرف الغيبة بعد مدة لا بأثر غيبتهم يريد والله أعلم انه بأثر غيبتهم على مسافة قريبة ولا يؤمن رجوعهم (فرع) وأما من كان على بريد أو بريدين فانه يؤدى شهادته عند الحاكم فان كان الشهود أغنياء يجدون نفقة وركوبا فقد قال سحنون لا يقوم لهم بذلك المشهود له فان فعل سقطت شهادتهم قال ابن حبيب عن مطرف وذلك اذا كان أمرا خفيفا فان كثر لم أجزه ووجه ذلك ما فيه من الرشوة والمنفعة التى لا تلزم المشهود له ويلزم الشاهد لما عليه من أداء الشهادة والقيام بها قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقال عز من قائل ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه فان لم يجد الشهود نفقة ولا مركوبا جاز للمشهود له أن يقوم بها ووجه ذلك انها مؤنة لا تلزم الشهود فلم تبطل شهادتهم تكليف المشهود له كسائر نفقاته وكذلك لو استنهض الشهود الى مسافة بعيدة ليعاينوا حدود أرض وصفتها فقد قال مطرف لا بأس أن يركبوا دواب المشهود له ويأكلوا طعامه وروى ابن سحنون عن أبيه من سؤال ابن حبيب فى الشاهد يأتى من البادية يشهد لرجل فينزل عنده فى ضيافته حتى يخرج لا ترد بذلك شهادته اذا كان عدلا وهذا خفيف يريد ان هذا أمر معتاد دون مكارمة مشروعة يتقارض فيها الناس ولعل هذا الأمر قد كان جرى بينهم قبل هذا

(فصل) ومما يتصل بالشهادة على الشهادة على خط الشاهد فالمشهور من قول مالك لا تجوز

الشهادة على خط الشاهد رواه محمد بن المواز واختاره وروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك في العتبية والموازية تجوز الشهادة على خطه ولا يجزئ من ذلك أقل من شهادة شاهدين ويحلف الطالب ويستحق حقه وقاله سحنون وقال أصبغ الشهادة على خط الشاهد الغائب أو الميت قوية في الحكم بها واحتج ابن المواز للمنع من ذلك بان الشهادة على خط الشاهد بمنزلة أن يسمعه ينص شهادته تلك ولا يسوغ نقل الشهادة عنه (فرع) فاذا قلنا بجواز الشهادة على خط الشاهد فقد قال مطرف وابن الماجشون انما تجوز في الأموال خاصة حيث يجوز اليمين مع الشاهد فقد قال مطرف وابن الماجشون انما تجوز في الأموال خاصة حيث يجوز اليمين مع الشاهد قاله أصبغ ووجه ذلك انها شهادة مختلف في صحتها ناقصة الرتبة كاليمين مع الشاهد (مسئلة) وأما الشهادة على خط المقر فقد قال ابن المواز لم يختلف قول مالك في الشهادة على خط المقر قال وهو بمنزلة أن يسمع المقر ينص اقراره فتصح الشهادة عليه وان لم يأذن في ذلك وقال الشيخ أبو القاسم فيها روايتان احداهما الجواز والأخرى المنع وجه المنع ما قاله ابن عبد الحكم لا أرى أن يقضى بالشهادة على الخط بما أحدث الناس من الضرب على الخطوط وقد كان فيما مضى يجيزون الشهادة على طابع القاضي ورأى مالك أن لا تجوز (فرع) فاذا قلنا بالشهادة على خط المقر فهل تلزمه اليمين مع هذه الشهادة قال الشيخ أبو القاسم فيها روايتان احداهما يحكم له بمجرد الشهادة والثانية لا يحكم له حتى يحلف فيستحق حقه وجه القول الأول أنها شهادة كاملة تتناول الاقرار كالشهادة على لفظ المقر (فرع) فاذا قلنا بالشهادة على خط المقر فلم يشهد له عليه الا شاهد واحد فقد قال الشيخ أبو القاسم فيه روايتان احداهما يحكم له بالشاهد واليمين والثانية لا يحكم له بذلك وجه الرواية الاولى انها شهادة على ما يثبت به اقرار المقر بالمال فأشبهت لفظ الشهادة ووجه الرواية الثانية انها شهادة لا تتناول المال وانما تتناول معنى يجر اليه كالشهادة على الوكالة في المال والشهادة على الشهادة

(الباب الثاني في نقل الشهادة عن غير معينين)

أما نقل الشهادة عن غير معينين وهي الشهادة على السماع فهي جائزة عند مالك وهي مختصة بما تقادم زمنه تقادم ما يبيد فيه الشهود وتنسى فيه الشهادات قال القاضي أبو محمد وتختص بما لا يتغير حاله ولا ينتقل الموت فيه كالموت والنسب والوقف المحرم فأما الموت فانما يشهد فيه على السماع فيما بعد من البلاد وأما ما قرب من البلاد أو الشهادة ببلد الموت فانما هو شهادة على البت والقطع وما تقرر من العلم وان كان سبب هذه الشهادات السماع الا أن لفظ شهادة السماع انما ينطلق عند الفقهاء على ما يقع به العلم للشاهد ولذلك لا يؤدي شهادته على انه سمع سماعا فاشيا ما ينصه من شهادته وأما اذا تواتر الخبر حتى وقع له العلم فانما يشهد على علمه فيقول أشهد أن فلانا مات وان فلانا ابنه يرثه فلا يطلقون على هذا النوع شهادة سماع (مسئلة) وأما الشهادة على السماع في النسب والولاء فقد قال ابن المواز اختلف قول مالك في شهادة السماع في النسب والولاء فأكثر قول مالك وابن القاسم انه يقضى له بالولاء والنسب وفي العتبية من رواية أبي زيد عن ابن القاسم يقضى له بالميراث ولا يجر بذلك ولاء ولا يثبت له نسب الا أن يكون أمرا انتشر مثل أن يقول أشهد أن نافعا مولى ابن عمر فمثل هذا يجر به الولاء والنسب يريد اذا بلغ من التواتر بحيث يقع به العلم فيشهد على علمه ولا يضيف شهادته الى السماع وفي آخر المسئلة قيل لابن القاسم أفتشهد انك ابن القاسم ولا تعرف أباك ولا انك

ابنه الا بالسماع قال نعم يقطع بهذه الشهادة ويثبت بها النسب ويبين ذلك ماقاله سحنون فى كتاب ابنه لايجوز على النسب الا الشهادة على شهادة أو من جهة تواتر الخبران هذا فلان بن فلان مثل سالم بن عبد الله وسعيد بن المسيب فيثبت بهذا ان الشهادة على السماع غير الشهادة بالعلم الواقع بالخبر المتواتر وقال القاضى أبو محمد فى معونته ان الشهادة على السماع من معنى الخبر المتواتر ولعله أراد أن ما بينهما من جنس واحد فى السماع من عدد غير محصور لأنه قال يقول الشاهد فى أداء الشهادة لم أزل أسمع أن فلان بن فلان غير انه لم يشترط أهل العدل فمن سمع منهم فلم تختص المسئلة على مذاهب شيوخنا والله أعلم (فرع) واذا شهد للمرأة بضرر زوجها ففى العتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم أن ذلك جائز بالسماع من الاهل والجيران وقد تقدم ذكر ذلك فى الخلع وفى النوادر عن حسين بن عاصم قال ابن القاسم لاتجوز شهادة السماع الا عن العدول الا فى الرضاع فيجوز أن يشهد العدول عن لفيف القرابة والاهل والجيران وان لم يكونوا عدولا كالنساء والخدم فهذا أيضا يحتاج الى تأمل ونظر وهو يحتمل وجهين أحدهما أن يشهد بذلك رجلان فيجب أن يشهدا بعلمهما على ماتقرر عندهما من الخبر المتواتر الذى لا يراعى فيه عدالة ولا اسلام والوجه الثانى أن يريد بذلك شهادة النساء على فشو هذا المعنى مع شهادة امرأتين على الرضاع وسيأتى ذكره ان شاء الله تعالى

(فصل) وقد تقدم الكلام فى شهادة السماع بالولاء والمواريث وقد تقدم من ذكر القاضى أبى محمد ان ذلك فيما لاينتقل كالولاء والنسب والوقف المؤبد وذكر فى شهادة السماع بالنكاح قولين قال فوجه قوله فى النكاح انه يقبل فيه انه ثابت لايتغير اذا مات أحد الزوجين فأشبه الولاء والوقف المؤبد ووجه قوله لايقبل فيه ان أصله غير مستقر بدليل جواز التنقل فيه فكان كالشهادة على الاملاك والذى تقدم من قول مالك ان شهادة السماع يقطع بها فى الولاء والنسب والصدقات التى طال زمنها والصدقات تكون على غير وجه الوقف وفى كتاب ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك تجوز شهادة السماع فيما تقادم عهده من الاشربة والحيازات والصدقات والاحباس وشبه ذلك وهو الذى ذكره ابن القاسم عن مالك فى المدونة وجه ذلك انها أمور تتقادم ويبيد شهودها فصحت الشهادة فيها على السماع كالاحباس ولابن القاسم فى الموازية وغيرها فى غائب قدم أقام بينة على دار انها لأبيه أو جده وأثبت المواريث فأتى من هذه فى يده بينة على السماع انهم لم يزالوا يسمعون هم أو من نقلوا عنه من العدول انها الأب الحائز أو لجده بشراء من أب القائم أو جده أو بصدقة ماخرجت عن ملكه حتى مات وورثها ورثته ويذكرون ورثة كل ميت انه يقضى بشهادة السماع ويكون أحق بها فان قالوا انعلم انها بيد أبيه أو جده لايعلمون بماذا لم تتم الشهادة وقاله مالك وأشهب (فرع) وأما النكاح ففى العتبية عن سحنون قال جل أصحابنا يقولون فى النكاح اذا انتشر خبره فى الجيران ان فلانا تزوج فلانة وسمع الزفاف فله أن يشهد أن فلانة زوجة فلان زاد محمد بن عبد الحكم ولم يحضر النكاح وكذلك فى الموت يسمع النياحة وربما لم يشهد الجنازة فاذا كثر القول بذلك فيشهدان فلانا مات ولم يحضر الموت وكذلك النسب وكذلك القاضى يولى المصر ولا يحضر ولايته الا بما يسمع من الناس وربما رآه يقضى بين الناس فليشهد انه كان قاضيا وقد يجوز أن يشهد قوم على امرأة انها زوجة فلان اذا كان يحوزها بالنكاح وان كان تزويجه اياها قبل ان يولد الشهود فهذه الشهادة أدخلها شيخنا فى باب الشهادة على السماع لما كان السماع سببها وانما هى شهادة بالعلم ولذلك لايضيفها الشاهد الى سماعه وانما هى شهادة بالعلم يضيفها الى علمه (فرع) اذا

ثبت ذلك فمن شرط شهادة السماع أن يقولوا سمعنا سماعا فاشيا من أهل العدل وغيرهم قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لاتصح شهادة السماع حتى يقول من أهل العلم وغيرهم وقال ابن المواز قالا ولا يسموا من سمعوا منه فان سموا خرجت عن شهادة السماع الى الشهادة على الشهادة وقاله ابن القاسم وأصبغ (فرع) ويجزئ في الشهادة على السماع رجلان وما كثر أحب الينا قاله مطرف وابن الماجشون عن مالك قال ابن القاسم في المجموعة اذا شهد رجلان على السماع وفي القبيل مائة من أنسابهم لايعرفون شيأ من ذلك فلا تقبل شهادتهم الا بأمر يفشو ويكون عليه أكثر من اثنين الا أن يكونا شيخين قديمين قد باد جيلهما فتجوز شهادتهما (فرع) واذا قلنا ان شهادة السماع تختص بما تقادم من الزمان فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون تجوز في الخمس عشرة سنة ونحوها لتقاصر أعمار الناس قاله أصبغ وقال ابن القاسم عن مالك لاتقبل في الخمس عشرة سنة شهادة على السماع الا فيما تقادم

(فصل) وأما قوله ولا ظنين فروى ابن مزين عن يحيي بن سعيد انه المتهم الذي يظن به غير الصلاح وقال ابن كنانة في المجموعة هو المتهم فكل من اتهم في شهادته بميل لم يحكم بها وان كان مبرزا في العدالة الا أن التهمة التي يتعلق بها رد الشهادة على قسمين أحدهما لجر المال والثاني لدفع المعرة أما القسم الاول في جر المال فانه على ضربين أحدهما أن يشهد لنفسه أو لغيره ممن يرغب في كثرة ماله والضرب الثاني أن يشهد لمن يناله معروفه فأما من يشهد لنفسه فلا يخلو أن تكون الشهادة له خاصة أو له ولغيره فان كانت الشهادة له خاصة فهذا لاخلاف في أن شهادته غير جائزة لان شهادته لنفسه هي مجرد الدعوى ولاخلاف أنه لايحكم لأحد بدعواه (مسئلة) وأما ان شهد في حق مشترك بينه وبين آخر فقال ابن وهب عن مالك في رجلين لهما مال على رجل فشهد أحدهما بنصف المال لصاحبه ان شهادته مردودة ووجه ذلك أنه اذا كان المال بينهما مشتركا فان النصف الذي لشريكه غير متعين ولو قبضه شريكه لساهمه فيه فقد عاد الأمر الى أنه شهد لنفسه فان اقتسما الحق قبل الشهادة جازت شهادته لان ماشهد به ليس له فيه حق (مسئلة) ولو شهد شهادة له فيها حق فلا يخلو أن تكون وصية أو غير وصية فان كانت وصية وكان له فيها مال كثير لم تجز شهادته له ولا لغيره وان كان يسيرا فعن مالك في ذلك ثلاث روايات احداها لايجوز له ولا لغيره وبهذا قال ابن عبد الحكم والثانية لايجوز له ويجوز لغيره وبهذا قال ابن الماجشون والثالثة وهي رواية المدونة يجوز له ولغيره وبهذا قال مطرف وجه الرواية الأولى انه شهد له بحق له فيه حظ فلم تقبل شهادته كسائر الحقوق من غير الوصية ووجه الرواية الثانية ان التهمة انما تختص به ولا تهمة في شهادته لغيره فتبطل شهادته له وتصح لغيره ووجه الرواية الثالثة أن كل شهادة لم تبطل بعضها تهمة فانه لايبطل جميعها كما لو كانت الشهادة لغيره دونه (فرع) فاذا قلنا بجوازها في القليل فكم القليل الذي يجوز فيه ففي الموازية عن مالك في شاهدين أوصى اليهما رجل وأشهدهما في ثلثه ان ثلثه للمساكين وثلثه لجيرانه وثلثه لهما هذا يسير ويجوز لهما ولغيرهما قال محمد معناه ان كان المال كثيرا مماله بال فلا يجوز له ولا لغيره (مسئلة) فان شهد في غير وصية لحق له ولغيره فالمشهور من مذهبنا لايجوز له ولا لغيره وفي كتاب ابن المواز من شهد بشهادة له فيها حق ولغيره لم تجز شهادته الا أن يكون الذي له يسير جدا وكذلك لم يتهم عليه فاذا قلنا بالرواية الأولى فالفرق بين هذا وبين الوصية اذا أجزناها ان المتوفى متيقن انتقاله عن ملكه ولا يدخل في ملك الورثة الا بعد سلامته من الوصية ووقت

انتقاله الى الورثة والى الموصى له به واحد وهو وقت وفاته فلم تتناول الوصية اخراج شئ عن ملك متقرر وانما تناولت توجهه الى جهة مستحقه بعد زوال الملك عنه وليس كذلك الدين فانما شهد به فى حال الحياة وتقرر ملك المشهود عليه فجاز أن يؤثر فى الوصية بالمال مالا يؤثر فى الدين لضعف حال الملك المستحق عليه الوصية وقوته فى الدين ولذلك لو شهد على ميت انه أوصى لغير معينين لحكم الورثة ولو شهد على حى انه وهب ماله لغير معينين لم احكم عليه (مسئلة) وأما من يرغب فى كثرة ماله فان ذلك يكون على وجهين أحدهما أن يرغب فى كثرة ماله للشفقة والقرابة والوجه الثانى لما يختص بالشاهد من المنفعة فأما الوجه الأول فكشهادة الآباء للابناء والأبناء للآباء وروى ابن نافع عن مالك فى المجموعة انه قال و يدخل فى قول عمر لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين شهادة الأبوين للولد وأحد الزوجين للآخر وهذا مذهب علماء الأمصار وروى عن من لا يعتد بخلافه تجوز شهادة الآباء للابناء والأبناء للآباء والدليل على مانقوله حديث عمر هذا وقد اتفق العلماء على تصحيحه والأخذ به ولا نعلم بتهمة أقوى من كلف الآباء بالابناء ومحبة الأبناء فى الآباء ولان الانسان انما ترد شهادته لنفسه للتهمة ومن الناس من تكون محبته لبنيه تربو على محبته لنفسه أو تقارب بها فيجب أن لا تجوز شهادته اه وقد حكى ابن عبدوس عن سحنون انه لا تجوز شهادة ابن الملاعنة لمن نفاه ووجه ذلك انه يتهم على أنه يريد استمالته ليستلحقه والله أعلم (مسئلة) وقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك قال الذى لا تجوز شهادتهم من ذى القرابة الأبوان والجد والجدة والولد وولد الولد من ذكور واناث وأحد الزوجين للآخر وتجوز شهادة من وراء هؤلاء من القرابات وهذا يقتضى جواز شهادة الأخ لاخيه وابن أخيه وهى رواية ابن القاسم فى المدونة وقال غيره من أصحابنا لا تجوز على الاطلاق وانما يجوز على شرط واختلف أصحابنا فى الشرط ففى كتاب ابن المواز لا تجوز شهادته له الا أن يكون مبرزا وقيل يجوز اذا لم تنله صلته وقال أشهب يجوز فى اليسير دون الكثير الا أن يكون مبرزا فيجوز فى الكثير ووجه ذلك أن قرابة الأبوة والبنوة آكد والتهمة فيهم أقوى وجرت العادة ببسط هؤلاء فى مال بعض وكذلك الزوجة فان الزوج ينفق على الزوجة وينبسط فى مالها والأخوة لا تبلغ ذلك المبلغ ولا يخلو فى الأغلب من الاشفاق والحرص على الغنى فلذلك روعى فى الاخوة أحد الشروط المذكورة والله أعلم وأحكم وفى الموازية والمجموعة لا تجوز شهادة القرابة والموالى فى الرباع التى يتهمون بجرها اليهم أو الى بنيهم اليوم أو بعده مثل حبس مرجعه اليهم أو الى بنيهم قاله ابن القاسم والله أعلم (مسئلة) ولا تجوز شهادة الرجل لابن امرأته ولا لابيها وكذلك المرأة لابن زوجها قاله ابن القاسم وكذلك شهادة الرجل لزوج ابنته ولا لزوجة ابنه رواه عيسى عن ابن القاسم وقال سحنون ذلك جائز وجه قول ابن القاسم ان من لا تجوز شهادتك له فلا تجوز شهادتك لمن لا تجوز شهادته لك لان التهمة قوية فى منافعه ووجه قول سحنون ما احتج به من ان من كان وفره وفر الشاهد وغناه غنى له ردت شهادته له لان التهمة قوية فى منافعه وأما من ليس غناه غنى للشاهد فان شهادته له جائزة

(فصل) وأما من يرغب فى غناه لمنفعته فالزوج والزوجة والأب يجب على ابنه الانفاق عليه أو أجير ينفق عليه لان من نفقته عليه اذا شهد له جر الى نفسه بذلك نفعا والزوجة تنبسط فى مال زوجها فتجر الى نفسها بذلك نفعا

(فصل) وأما الضرب الثانى وهو أن يشهد لمن يناله منه معروف فان ذلك على وجهين أحدهما أن

يكون المعروف متكررا معتادا والوجه الثانى أن يكون المعروف متعينا فأما المعروف المعتاد فان اقترنت به القرابة كالأخ يكون فى عيال أخيه أو تحت نفقته أو يتكرر عليه معروفه فهذه تهمة توجب رد شهادته له وأما الصديق الملاطف الذى يناله معروف من يشهد له فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما ان شهادته له مقبولة والثانية انها مردودة فان قلنا انها مقبولة فالفرق بينه وبين الأخ ان المعروف يقترن بالاخوة والقرابة فتقوى التهمة وفى مسئلتنا انما هى بمجرد المعروف ولا يمنع ذلك قبول الشهادة لان الغنى وذا المعروف لو لم تقبل له الا شهادة من لا يناله معروفه لردت له شهادات أكثر الناس ولاقتضى ذلك منعه معروفه ووجه الرواية الثانية ان هذا ممن يناله معروفه ويتكرر عليه فلم يقبل له شهادة كالأخ (مسئلة) وأما المعروف المعين فعلى ضربين أحدهما أن يكون مستداما والثانى أن يختص بوقت الشهادة فأما المستدام فكشهادة العامل لرب المال قال سحنون فى العتبية وغيرها ان كان شغل المال فى سلع فشهادته له مقبولة وان كان عينا فشهادته مردودة وروى عبد الملك عن الحسن عن ابن وهب فى العتبية ان كان عينا فشهادته مقبولة وان كان معدوما فشهادته مردودة ووجه قول سحنون انه اذا شغل المال لم يكن لصاحبه أخذه منه فارتفعت التهمة وما يتوقع من أخذه من يده فى المستقبل ضعيف فى التهمة لبعد الأمد وعدمه ووجه قول ابن وهب ان كون المال بيد العامل وجه لكسبه فيتهم فى شهادته ان كان محتاجا الى بقائه بيده لفقده وبعد التهمة مع غناه لاستغنائه عن ماله (مسئلة) فان كان المشهود له على الشاهد دين فقد قال ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن الماجشون ان كان غنيا قبلت شهادته وان كان فقيرا ردت شهادته زاد مطرف وابن الماجشون لانه كالأسير فى يده فان كان الدين حالا أو قد قرب محله فهذا حكمه وان كان الى أجل بعيد فيجىء على مذهب سحنون ان شهادته له جائزة وعلى قول ابن وهب ان شهادته مردودة * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ومعنى الغنى عندى فى هذه المسئلة أن لا يستضر بازالة هذا المال عنه فاما ان كان عنده وفاء به ولا مال له غيره فانه فقير ترد شهادته لان الضرر العظيم يلحقه بتعجيل قبض الدين منه وله منفعة عظيمة فى تأخيره به فكان ذلك يشبه قوته فى رد شهادته

(فصل) وأما ما يختص بوقت الشهادة فان يقصد حين أداء الشهادة الى أن يعطيه أو يصله أو يهبه أو يحابيه فى بيع أو شراء قال هذا كله يوجب رد الشهادة للقريب والبعيد وبالله التوفيق

(فصل) وأما القسم الثانى من التهمة لدفع المعرة فمثل أن يعدل الرجل ابنه أو أباه فهذا اذا لم يكن فى نقل الشهادة فلا خلاف ان التعديل غير مقبول لانه مستجلب بشهادته الجاه والرفعة وأما ان كان فى نقل شهادة فقد قال ابن الماجشون فى الواضحة والمجموعة ان كان مقصوده نقل شهادة ولو ابتغى تعديله من غير هذا الناقل لوجد ذلك فان التعديل مقبول وان كان يتعذر من غير هذا الوجه فالتعديل مردود وقال سحنون ومطرف لا يجوز تعديله له بوجه ووجه قول ابن الماجشون ان هذا التعديل انما حقيقته الاعلام بخبره فاذا كان مشهورا بالصلاح والخير يزكى من غير وجه فلا تهمة تلحق فى ذلك ووجه قول سحنون ان تعديل الأب ابنه لا يجوز لانه لا يجوز أن يشهد له بيسير المال وما يوجد تعديه به من الجاه والرفعة أكثر من المال فبان لا تجوز شهادته له به فشهادته له أولى (مسئلة) وأما تعديل الأخ لأخيه الذى تقبل شهادته له فى المال فقال ابن القاسم يجوز تعديله وهو فى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن أشهب تعديله مردود وجه القول الأول ما أشار اليه من ان من جازت شهادته له فى المال جاز تعديله له كالأجنبى وجه الرواية الثانية ان تعديله به شرف وجاه يتعدى اليه بخلاف

المال الذى هو مقصور على مالكه

﴿ القضاء فى شهادة المحدود ﴾

ص ﴿ قال يحيى عن مالك انه بلغه عن سليمان بن يسار وغيره انهم سئلوا عن رجل جلد الحد أتجوز شهادته فقالوا نعم اذا ظهرت منه التوبة * مالك انه سمع ابن شهاب يسئل عن ذلك فقال مثل ماقال سليمان بن يسار * قال مالك وذلك الأمر عندنا وذلك لقول الله تبارك وتعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولاتقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم * قال مالك فالأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا ان الذى يجلد الحد ثم تاب وأصلح تجوز شهادته وهو أحب ماسمعت الى فى ذلك ﴾ ش قوله انهم سئلوا عن رجل جلد الحد تجوز شهادته لفظ عام فى الحدود التى يجلد فيها من الزنا أو شرب الخمر والقذف الا ان ايراده ههنا يحتمل وجهين أحدهما أن يريد به حمله على عمومه ثم يستدل على نوع منه بالنص وهو فى حد القذف فيجعله أصلا لجميع الجنس والثانى أن يريد القذف وحده ويقصد بيان حكمه بالآية التى أوردها لانها خاصة فى حد القذف وكل مايوجب الجلد حدا يوجب التفسيق ويترتب عليه رد الشهادة لان الفسق ينافى قبول الشهادة قال الله تعالى ياأيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على مافعلتم نادمين والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولاتقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون فكل من قذف المحصنات ولم يثبت ماقذف به وجب عليه حد ذلك القذف ووجب رد شهادته به والحكم بفسقه فى الظاهر الينا والله أعلم بحاله فقد يكون صادقا فى قذفه أو مشتبها عليه فى أمره (مسئلة) ومتى يحكم برد شهادته اختلف أصحابنا فى ذلك فقال ابن القاسم وأشهب وسحنون من المجموعة وكتاب ابن سحنون لاترد شهادته حتى يجلد وقال عبد الملك فى الكتابين ترد شهادته ان عجز عن اثبات ماادعاه وحق عليه القذف ولو تاب بعد ذلك لقبلت شهادته قبل الجلد وبعده وجه قول ابن القاسم انه انما يتم الحكم عليه بكونه قاذفا بان يكمل الجلد فأما قبل ذلك فلو أقر المقذوف وثبت عليه ماقذفه به لسقط الجلد لان طريقه النكال ويخرج بذلك عن أن يكون قاذفا وذلك يمنع التفسيق به ووجه قول ابن الماجشون أن الحكم عليه بذلك يتم بعجزه عن اثبات ماقذف به والحد بعد ذلك تطهير له فلا يتعلق به رد الشهادة كالكفارة (مسئلة) وأما مايوجب النكال والتعزير دون الحد فقال ابن كنانة فى المجموعة فمن كانت حاله حسنة فوجب عليه نكال الشتم أو نحوه فلا ترد بذلك شهادته وأما من ليس بمشهور العدالة الا انه مقبول وأتى بالأمر العظيم مما فيه النكال الشديد فلينظر فى هذا وانما يعرف هذا عند نزوله ومعنى ذلك ان منه ماترد به الشهادة ومنه مالاترد به الشهادة فينظر فى ذلك عند وقوعه على قدر الشاتم وقدر ماأتى به وعلى حسب ذلك يعمل فى رد شهادته وامضائها وبالله التوفيق

(فصل) وقوله ان الأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا ان الذى جلد جلد الحد ثم تاب وأصلح حاله تجوز شهادته يريد ان ذلك مذهب أهل المدينة ان من جلد فى حد وجب عليه من قذف أو غيره ثم تاب وأصلح تجوز شهادته ولا يمنع من ذلك ماتقدم من جلد الحد وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لاتقبل شهادته أبدا والدليل على صحة مانقوله مااحتج به من الآية وهو قوله تعالى والذين يرمون المحصنات

﴿ القضاء فى شهادة المحدود ﴾

* قال يحيى عن مالك انه بلغه عن سليمان بن يسار وغيره انهم سئلوا عن رجل جلد الحد أتجوز شهادته فقالوا نعم اذا ظهرت منه التوبة * وحدثنى مالك انه سمع ابن شهاب يسأل عن ذلك فقال مثل ماقال سليمان بن يسار * قال مالك وذلك الأمر عندنا وذلك لقول الله تبارك وتعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولاتقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم * قال مالك فالأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا ان الذى يجلد الحد ثم تاب وأصلح تجوز شهادته وهو أحب ما سمعت الى فى ذلك

ثم لم يأتوا بأربعة شهداء الى رحيم فاستثنى من تاب بعد ذلك وذلك يقتضى ان من تاب فان هذه الأحكام كلها ترفع عنه الا ما خصه الدليل لان الاستثناء متعقب لجميعها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان كان من أهل الفسق فيعرف صلاح حاله بالاقلاع عن حال الفسق والتزام أحوال العدالة فان كان من أهل العدل والصلاح فالتزيد فيه حتى يعرف زيادة صلاح حاله قال ابن كنانة فى المجموعة اذا كان يعرف بالصلاح فمعرفة ظهور التزيد تطول وليس لمن كان معلنا بالسوء لان من عرف بالخير لا يتبين مزيده فيه الا بالتزداد فيه وقال مالك فى المدونة وقد كان ههنا عمر بن عبد العزيز وكان رجلا صالحا فلما ولى الخلافة ازداد خيرا وصلاحا (مسئلة) وليس من شرط توبته ولا مؤثرا فى قبول شهادته رجوعه عن قذفه وانما يعتبر فى ذلك بصلاح حاله رواه ابن القاسم عن مالك فى المجموعة قال ولا يقول له الامام تب ولو قال تبت لم ينفعه ذلك ولو قال لا أتوب لم يضره ذلك لان قول الانسان تبت لا يقبل منه ولا ينقله عن حالة الفسق حتى يظهر من أفعاله ما يستدل به على ذلك وقال الشافعى توبته تكذيبه نفسه وبلغنى عن القاضى أبى الحسن نحوه وجه قول مالك أن هذه توبة من ذنب فكانت بالاستغفار والعمل الصالح كسائر الذنوب ووجه القول الثانى ان المعصية اذا كانت بالأقوال فان التوبة منها بالقول وتكذيب نفسه كالردة لما كانت قولا كانت التوبة منها بتكذيب قوله المتقدم (فرع) اذا ثبت ذلك ففى أى شئ تقبل شهادته روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك تقبل شهادته فى كل شئ الا فى القذف وقال ابن كنانة فى المجموعة من حد فى قذف أو زنى قبلت شهادته فى القذف والزنا وغيره وبه قال أبو حنيفة والشافعى وجه القول الاول ما طبع عليه الخلق ان من كانت به وصمة أو تورط فى أمر حرص أن يلحق ذلك بغيره من الناس ليساووه وينفى عنه معرة ذلك فيتهم أن يشهد على غيره بما وافقه ليساويه ووجه القول الثانى ان حكمنا بعدالته ينفى مثل هذه التهمة عنه فاذا قبلنا شهادته فى غير ذلك من الحدود وجب أن نقبل شهادته فى القذف وبالله التوفيق

﴿ القضاء باليمين مع الشاهد ﴾

ص ﴿ مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد * مالك عن أبى الزناد ان عمر بن عبد العزيز كتب الى عبد الحميد بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب وهو عامل على الكوفة أن اقض باليمين مع الشاهد * مالك انه بلغه أن أبا سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار سئلا هل يقضى باليمين مع الشاهد فقالا نعم ﴾ ش قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد يحتمل والله أعلم معنيين أحدهما انه لصحة ذلك والثانى انه أنفذ القضاء بهما فيما شهد به الشاهد استحلف المدعى وقضى له به وعلى هذا أهل الحجاز وبه قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة لا يجوز القضاء باليمين مع الشاهد والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك حديث عمرو بن دينار عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد وهذا الحديث أخرجه مسلم فى صحيحه وقال أبو عبد الرحمن النسوى هذا اسناد جيد فان قيل يحتمل أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم انما حكم فى ذلك بشهادة خزيمة بن ثابت الذى جعل النبى صلى الله عليه وسلم شهادته وحده شهادة اثنين ولذلك سمى ذا الشهادتين فالجواب انه لا يصح هذا لان النبى صلى الله عليه وسلم لم يجعل شهادته لغيره كشهادة اثنين وهذا اذا ثبت حكم اختص بالنبى صلى الله عليه وسلم كما اختص فى أن يكون الحاكم ويسمع البينات فيما ادعى عليه يبين ذلك ان ما يشيرون اليه لم يشهد فيه خزيمة بن ثابت للنبى

﴿ القضاء باليمين مع الشاهد ﴾

* قال يحيى قال مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد * وعن مالك عن أبى الزناد أن عمر بن عبد العزيز كتب الى عبد الحميد بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب وهو عامل على الكوفة أن اقض باليمين مع الشاهد * وحدثنى مالك انه بلغه ان أبا سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار سئلا هل يقضى باليمين مع الشاهد فقالا نعم

صلى الله عليه وسلم بأمر شاهده وانما شهدله بما سمع منه لعلمه بصدقه وهذا لا خلاف فى أنه لا يتعدى الى غير النبى صلى الله عليه وسلم ولان من يخالفنا فى هذه المسئلة لا يقول ان النبى صلى الله عليه وسلم حلف مع شاهد خزيمة بن ثابت وجواب ثان وهو انا لو سلمنا أن شهادة خزيمة تتعدى الى غير النبى صلى الله عليه وسلم لم يجز أن يقال انه المراد بالحديث الذى احتججنا به لانه ان كان النبى صلى الله عليه وسلم جعل شهادته شهادة شاهدين فلا معنى لليمين وحديثنا يقتضى القضاء باليمين مع الشاهد وان كان جعل شهادته لغيره من المسلمين شهادة رجل واحد فهو كغيره من الشهود فان قيل يحتمل أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم قضى بيمين المطلوب مع شهادة المدعى فبين بذلك ان الشاهد الواحد لا تأثير لشهادته فالجواب ان قوله قضى باليمين مع الشاهد يفيد كونهما مما قضى به وأن يكون قضى بكل واحد منهما ولو كان ما قلتموه لقال قضى باليمين مع وجود الشاهد أو قضى باليمين ورد شهادة الشاهد وجواب ثان وهو ان قوله باليمين مع الشاهد ظاهره انهما من جنبة واحدة وعلى ما بيناً ولو نه اليمين فى غير جنبة الشاهد فلا يقال فيها انها معه بل هى ناقضة له ومبطلة لشهادته فان قيل نحن نقول بموجب هذا فى موضع وهو ان يبيع رجل من رجل حيوانا فيدعى المشترى به عيبا ينكره البائع فان المشترى يلزمه أن يأتى بشاهد من أهل الخبر يشهد له بذلك فتقبل شهادته عندنا وحده فان ادعى البائع البيع بالبراءة ولم يكن له بذلك بينة حلف المشترى أنه ما اشترى على البراءة فيحكم له بالرد بشاهده مع يمينه فالجواب ان الحديث يقتضى القضاء باليمين مع الشاهد وهذا ليس بشاهد وانما هو مخبر عن علمه وكذلك لو كانت من العيوب التى يستوى الناس فى علمها لم يقبل فى ذلك الا شاهدان وجواب ثان وهو ان الحديث يقتضى القضاء باليمين مع الشاهد فى قضية واحدة وما زعمتموه قضيتان ثبت بالشاهد عندكم وجود العيب وثبت بيمين المشترى براءته مما ادعى عليه البائع من التزام البيع بالبراءة وهاتان قضيتان قضى فى احداهما بالشاهد ولم يتعلق اليمين بها وقضى فى الثانية باليمين ولم يشهد الشاهد بها ودليلنا من جهة القياس ان المدعى أحد المتداعيين فجاز أن يثبت اليمين فى جنبته ابتداء كالمدعى عليه

(فصل) وما رواه عن عمر بن عبد العزيز وأبى سلمة وسليمان فى تصحيح القضاء باليمين مع الشاهد والأمر به اظهار لاتفاق علماء المدينة وأئمتهم وأعلامهم على الحكم بذلك والله أعلم ص ﴿ قال مالك مضت السنة فى القضاء باليمين مع الشاهد الواحد يحلف صاحب الحق مع شاهده ويستحق حقه فان نكل وأبى أن يحلف أحلف المطلوب فان حلف سقط عنه ذلك الحق فان أبى أن يحلف ثبت عليه الحق لصاحبه ﴾ ش وهذا كما قال ان صاحب الحق يحلف مع الشاهد ويستحق حقه اذا كان ممن يقتطع الحقوق بيمينه وذلك ان المشهود له على ضربين معين وغير معين فان كان معينا فعلى ضربين غير مولى عليه ومولى فان كان غير مولى عليه فانه يحلف مع شاهده ويستحق حقه الذى شهد له به سواء كان مؤمنا أو كافرا حرا أو عبدا ذكرا أو أنثى لانهم لما تساووا فى الملك والتصرف وجب أن يتساووا فى الاستحقاق (فرع) وأما المولى عليه فعلى ضربين صغير وكبير فان كان صغيرا وانفرد بالحق قبل شاهده واستحلف المشهود عليه وهذا المشهور من مذهب مالك وبه قال ابن القاسم ورواه مطرف وابن الماجشون عن مالك فى الواضحة وفى كتاب ابن المواز عن مالك وان كان وارث الميت صغيرا وقف له حقه حتى يحتلم فيحلف ولم يذكر اليمين وبهذا قال سحنون فى كتاب ابنه وجه القول الاول ان الصغير لما لم يكن من أهل اليمين ثبت اليمين فى جنبة المدعى عليه كما لو شهد الشاهد لغير معين ووجه القول الثانى انه معين يرجى أن يزول المانع له من اليمين فانتظر ذلك أصله المغمى عليه (مسئلة) فاذا قلنا يحلف المطلوب فاذا حلف أبقى الحق عنده سواء كان ثابتا فى الذمة أو معينا حتى يبلغ الصغير

﴿قال مالك مضت السنة فى القضاء باليمين مع الشاهد الواحد يحلف صاحب الحق مع شاهده ويستحق حقه فان نكل وأبى أن يحلف أحلف المطلوب فان حلف سقط عنه ذلك الحق فان أبى أن يحلف ثبت عليه الحق لصاحبه

فيحلف مع شاهده فيستحق حقه ما في الذمة والمعين ان كان باقيا فان فات قيمته يوم الحكم به للصبي رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ ووجه ذلك ان الصغير لا يصح منه اليمين فيحلف المطلوب ويترك عنده الحق فاذا بلغ الصبي وصار ممن يحلف حلف مع شاهده لما أمكنه ذلك وأخذ حقه (فرع) فان نكل الصبي بعد ان بلغ فالمشهور من مذهب أصحابنا في الموازية والعتبية وغيرهما أنه لا يحلف المطلوب لان يمينه بذلك قد تقدمت وهذا مبني على أن يمين المطلوب يمين استحقاق بشرط أن لا يحلف المدعي فان حلف كانت أولى من هذه اليمين لتقدمها في الرتبة عليها وانما تقدمت هذه لضرورة توقف ذلك وان لم يحلف المدعي صحت يمين المطلوب وصح الحكم له بها وكان يحتمل أن يقال ان يمين المطلوب لتوقيف الحق بيده خاصة لما تعذرت يمين الطالب التي يتعجل بها حقه فاذا حلف الطالب أخذ حقه بشاهده ويمينه فان نكل حلف المطلوب يمين الاستحقاق وقضى له وان لم يحلف قضي عليه بنكوله عن هذه اليمين لانه لو كانت يمينه أولا يمين استحقاق لوجب أن لا يبقى بعدها للمدعي يمين ولوجب اذا نكل عنها أن لا ينفذ القضاء عليه بنكوله ولا يحلف المدعي يمينا بعدها ولما كان اذا حلف بقي الحق بيده حتى يحلف المدعي فاذا رشد المدعي ونكل عن اليمين قضي بالحق للمطلوب وعلم أنها يمين ابقاء الحق فيجب اذا رشد ونكل الطالب أن يحلف المطلوب يمين الاستحقاق والله أعلم بهذا الأصل متنازع فيه (مسئلة) فان نكل المطلوب أولا غرم رواه ابن حبيب عن مطرف وابن كنانة وقاله ابن المواز فاذا بلغ الصغير فعليه اليمين فان حلف قضي له بحقه وان نكل فقد روى ابن حبيب عن مطرف انه ان نكل المولى عليه والصغير بعد الرشد والبلوغ رد الى المطلوب ونحوه رواه ابن كنانة ووجه ذلك انه لا يقضى له بشاهد واحد حتى يقترن به يمينه فان نكل لم يكن له شيء ولا ترد اليمين ثانية على المطلوب (مسئلة) ويحلف الصغير اذا كبر مع شاهده على البت وقال ابن المواز ولا يحلف حتى يعلم بالخبر الذي يتيقن له وفي كتاب ابن سحنون متصل بقول مالك انه يحلف كما يحلف الوارث على ما لم يحضر ولم يعلم وهو لا يدري هل شهد له بحق أولا فيحلف معه على خبره ويصدقه كما جاز له أن يأخذ ما شهد له به الشاهد من مال أو غيره وهو لا يعلم ذلك الا بقولهما وظاهر هذا القول يقتضي أنه يحلف على ما شهد له بشاهده وان لم يتيقن ذلك والصحيح عندي وهو ظاهر قول مالك والمعلوم من مذهبه أنه لا يحلف حتى يقع له العلم بالخبر المتواتر سواء كان المخبر له عدلا أو غير عدل حينئذ يحلف مع شاهده ان لم يبلغ هذا الحد امتنع من اليمين واستحلف المدعى عليه لانه لا يحل لأحد أن يحلف على ما لا يستيقنه

(فصل) وصفة اليمين أن يحلف على حسب ما شهد به الشاهد فان شهد له الشاهد باقرار المدعى عليه لم يكن له أن يحلف ان له عليه كذا ولا انه غصبه كذا ولكن يحلف بالله لقد أقر له فلان بكذا قاله محمد ابن عبد الحكم فان كان المدعى عليه غائبا زاد في يمينه ان حقه عليه لباق وما عنده به رهن ولا وثيقة ثم يقضى له بذلك (مسئلة) وان كان المولى عليه كبيرا فان الذي في العتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم انه يحلف مع شاهده بخلاف الصبي فان نكل حلف المطلوب وبرئ وان نكل غرم قال أصبغ كالعبد والذمي وروى ابن حبيب عن مطرف يحلف المطلوب ويؤخر السفيه فاذا رشد حلف مع شاهده ان شاء وقضي له وان أبى لم يكن له على المطلوب يمين وجه القول الأول ان هذا يلزمه الحدود والطلاق فكان له أن يحلف ويستحق حقه كالرشيد ووجه الرواية الثانية ان من لا يحلف في دفع حق عن نفسه فانه لا يحلف في استحقاقه كالصغير (فرع) فاذا قلنا يحلف المطلوب أولا ويبقى الحق عنده فان نكل أخذ منه الحق فاذا رشد السفيه حلف وقضي له وان نكل رد الى

المطلوب وكذلك الصبي وجه ذلك أن نكوله يضعف حقه ويوجب قبض المال منه لحق السفيه والصبي فاذا أمكنت أيمانهما برشد السفيه وكبر الصغير استحلفا مع شاهدهما فان حلفا ثبت الحق لهما وان نكلا كان بمنزلة نكولهما أولا ورد الى المطلوب لان نكوله أولا نقل اليمين الى جنبة السفيه والصغير وكان ذلك بمنزلة أن تجب اليمين على المدعى عليه فينكل فيرد اليمين على المدعى فينكل بانه يقضي للمدعى عليه بالحق ولو روعى وجوب اليمين أولا على السفيه والصغير وان يمين المدعى عليه انما كانت لتأخير أخذ الحق منه الى أن يزول المانع من اليمين فيحلف الرشيد والكبير مع شاهدهما لوجب ان نكلا أن ترد اليمين على المطلوب فان حلف رد اليه الحق لان هذه اليمين هي اليمين التي تجب عليه بنكول الطالب مع شاهده وان نكل نفذ عليه الحكم بانه نكل عن يمين (فرع) فاذا قلنا يحلف السفيه مع شاهده حال سفهه فانه ان حلف قبض ما استحقه بيمينه الناظر له قال الشيخ أبو اسحق والاختيار أن يحلف ويقبض ما حلف عليه فاذا صار اليه قبضه منه من ينظر عليه لانه لا يستحق بيمينه شيأ الا من له قبضه (فرع) وان نكل حلف المطلوب وبرئ ولا يمين على السفيه اذا رشد وكذلك البكر المولى عليها رواه سحنون عن ابن القاسم وقال ابن كنانة لهما الرجوع الى اليمين وان كان الغريم قد حلف أولا وجه قول ابن القاسم ان من وجبت عليه يمين فنكل عنها وحكم باليمين على المطلوب لنكوله فانه لا يرجع عليها بعد كالرشيد ووجه قول ابن كنانة ان السفيه محجور عليه لا يقبل اقراره ولا يجوز عليه فكذلك نكوله كالصغير

(فصل) وان كانت الشهادة لغير معينين ولا يحاط بعددهم مثل ان يشهد شاهد بصدقة لبني تميم أو للمساكين أو في سبيل الله فقد قال ابن القاسم وأشهب لا يحلف مع هذا الشاهد ولا يستحق بشهادته حق ووجه ذلك انه لا يتعين مستحق هذا الحق فيحلف معه لان كل من يحلف مع شاهده يجوز أن يخرج عن هذا الحق ويصرف الى غير ملكه وقبضه وانما يحلف في الحقوق من يستحق بيمينه الملك أو القبض ويطلب منه ان نكل (مسئلة) فان كان الحبس لغير معينين الا أنه يحاط بعددهم وأضيف اليهم من لا يحصى مثل ان يقول حبست هذا الملك على ولد زيد وعقبهم ففي كتاب ابن المواز الذي يقول أصحابنا ان كل حبس مسبل ومعقب فلا يصلح فيه اليمين مع الشاهد وروى ابن الماجشون عن مالك اذا حلف الرجل منهم نفذت الصدقة لهم ولغيرهم وغائبهم ومولودهم ثم ذكر الشيخ أبو محمد بعد كلام في المجموعة أن ابن وهب ومطرفا وابن الماجشون رووا عن مالك انه يحلف مع أهل الصدقة رجل واحد مع الشاهد ويثبت حبساله ولجميع أهلها فالظاهر عندي أن هذه الاقوال انما هي فيمن ذكر يحصر عدده وقد قال المغيرة في المجموعة اذا كانت الشهادة لمعين وغير معين مثل أن يشهد الشاهد أن فلانا حبس على فلان وعلى عقبه فانه يحلف مع شاهده ويحق الحق له ولمن يأتي بعده بغير يمين (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان عدد الشهود وجنسهم يترتب على مراتب الحقوق وذلك على ستة أضرب فيثبت الزنى باربعة شهداء والاصل في ذلك قوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقوله عز وجل والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة (فرع) وأما الشهادة على الشهادة فقد اختلف فيها العلماء فروى مطرف عن مالك في الواضحة لا يجزئ في ذلك الا ستة عشر رجلا أربعة على شهادة كل واحد وقال ابن الماجشون اذا شهد أربعة شهود على كل واحد من شهود الاصل جازت شهادتهم فان تفرقوا جاز أن ينقل شهادة كل واحد اثنان حتى يصيروا ثمانية وذكر القاضي أبو محمد ان في ذلك روايتين احداهما أن يشهد شاهدان على شهادة أربعة وقيل لا يكفي الا أربعة وانما الروايتان

القاسم ماأراه إلا وسيكون مع شهادتهما يمين قال ابن القاسم في كتاب ابن سحنون لان شهادتهما على ماقال أصبغ عنه في العتبية والقياس أن لاتجوز لان ذلك يصير نسبا قبل أن يصير مالا ويورث بأدنى المنزلتين الاأن يخاف أن لايبقى الى أن يحضره الرجال فتجوز شهادتهما فيه وروى أشهب عن مالك في كتاب ابن سحنون شهادتهما لاتجوز في أنه ذكر وأخذ به أشهب قال سحنون القول قول أشهب لان الجسد لايفوت والاستهلال يفوت قال سحنون الاأن تكون الولادة بموضع لارجال فيه ويخاف على الجسد ان أخر دفنه فتجوز شهادة النساء حينئذ كما قال ابن القاسم (فرع) اذا شهد رجل وامرأة على استهلال الصبي لم تجز شهادتهما وبه قال ابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ وذلك لارتفاع الضرورة بحضور الرجال فتسقط شهادة المرأة ولاتتم الشهادة برجل واحد قال ابن حبيب وقد سمعت من أرضى من أهل العلم يجيز ذلك ورآه أقوى من شهادة امرأتين وهو أحب الي

(فصل) ويلحق بهذا فصل اختلف فيه هل هو من باب الشهادة أو من باب الفتوى والخبر كالقائف ففي العتبية عن سحنون لايقضى بقائف واحد لانه يلحق به نسب ويكتب الى البلدان وينتظر أبدا حتى يضم اليه آخر وقاله ابن القاسم وابن نافع عن مالك وروى محمد بن خالد عن ابن القاسم ان شهادة القائف الواحد مقبولة ومعنى ذلك عندي ان من جعله من باب الشهادة لم يقبل فيه الاقول اثنين ممن تجوز شهادتهما بالنسب ومن جعله من باب الفتوى والخبر قبل فيه قول واحد ويلزم عندي على هذا أن يقبل فيه قول العبد والمرأة وهو الأظهر اذا سأله الحاكم الحكم عن علمه لذلك ومن ذلك الترجمة لقول الخصم اذا لم يفهمه الحاكم أو لم يفهم أحدهما فقد قال مطرف وابن الماجشون يجزىء الواحد العدل والاثنان أحب الي والمرأة العدلة تجزئه في ذلك اذا كان مما تقبل فيه شهادة النساء قال سحنون في كتاب ابنه لاتقبل ترجمة النساء ولاترجمة رجل واحد وهذا يجرى على ماتقدم من اختلافهم في أمر القائف غير أن اشتراط ابن الماجشون ومطرف في قبول الترجمة من النساء أن يكون ذلك مما يقبل فيه شهادة النساء فيه نظر وذلك ان من عبر من أصحابنا عن ذلك بالشهادة وقد قبل فيه الرجل الواحد والمرأة فانما هو تجوز في عبارة وقد قال مالك وأصحابه لاتقبل امرأة واحدة في شيء من الأشياء واذا كان من باب الخبر والفتوى فيجب أن يقبل فيه قول المرأة الواحدة في كل شيء وانما يعتبر في ذلك العدالة كما يعتبر في المفتي والراوي للحديث وأما عيوب النساء والعبيد وغير ذلك فقد قال ابن الماجشون في الواضحة يأمر الحاكم من يثق بنظره وعلمه بالعيب أن ينظر اليه ويأخذ فيه بخبره وحده وبقول الطبيب وان كان غير مسلم إذ ليس من باب الشهادة ولكنه علم يؤخذ ممن يبصره من مرضي أو غير مرضي وهذا ما كان المختبر حاضرا فان غاب أومات انتقل الى باب الشهادة عند ابن الماجشون فقال لايقبل فيه الاشهادة رجلين قال فان كان مما لايطلع عليه الرجال قبل فيه خبر امرأة واحدة فان غابت الأمة أو ماتت لم يقبل في ذلك الاشهادة امرأتين والله أعلم وأحكم

(مسئلة) والضرب السادس مالاتعتبر فيه العدالة وهو شهادة أهل الرفقة بالتوسم وشهادة الصبيان فيما لايحضره غيرهم غالبا من الجراح والقتل قال الشيخ أبو القاسم لاتجوز شهادة النساء بعضهم على بعض في المواضع التي لايحضرها الرجال وقال بعض أصحابنا تجوز شهادتهن في ذلك واعتبرها بشهادة الصبيان

(فصل) وقوله فان أبى أن يحلف سقط وأحلف المطلوب يريد ان اليمين تنتقل من جنبة من له أولا لنكوله عنها الى جنبته الاخرى فان ثبت أولا في جنبة المدعي لقوتها بشاهد يشهد له فنكل عنه انتقلت الى جنبة المدعى عليه وان ثبتت أولا في جنبة المدعى عليه فنكل انتقلت الى جنبة المدعي

(فصل) وقوله فان حلف سقط عنه الحق وان أبى أن يحلف ثبت عليه الحق لصاحبه يريد ان اليمين اذا انتقلت الى جنبة المدعى عليه حين نكل المدعى عن اليمين مع شاهده فان المدعى عليه ان حلف سقطت عنه الدعوى لان يمينه انما هى لذلك وان أبى أن يحلف ثبت عليه الحق لان جنبته تضعف حينئذ بنكوله فلا ينتقل بمجرد الدعوى عليه الى اثبات الحق عليه وقال الشافعى لا يحكم بنكوله مع شاهد الدعوى والدليل على صحة ماذهب اليه مالك ان النكول سبب مؤثر فى الحكم فوجب أن يقضى به مع الشاهد كيمين المدعى ومعنى تأثيره ان اليمين تنتقل بنكول المدعى عليه الى جنبة المدعى فيحلف ويستحق ووجه آخر وهو ان من انتقلت اليه اليمين من خصمه فنكل عنها وجب القضاء عليه كاللذين لا بينة بينهما (مسئلة) فان نكل من شهد له الشاهد بحق فردت اليمين على المطلوب فحلف ثم وجد الطالب شاهدا آخر فروى ابن المواز انه لا يضم له الى الاول ورواه يحيى بن يحيى وابن سحنون عن ابن القاسم وروى ابن حبيب عن ابن عبد الحكم وابن الماجشون عن مالك أنه يضم له الى الاول ويقضى له به قال ابن كنانة هذا وهم وقد كان يقول لا يضم الى الاول وانما هو فى المرأة تقيم شاهدا على طلاق فيحلف الزوج ثم تجد شاهدا آخر أنه لا يضم الى الأول لانه لم يوجد منها نكول وقاله ابن الماجشون وقال أصبغ بقول مالك يضاف له الشاهد الثانى الى الاول فى الحقوق كما لو لم يقم شاهدا فيحلف المطلوب ثم يصيب الطالب بينته انه يقوم بها * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وعندى ان هذه المسئلة مبنية على المسئلة التى احتج بها أصبغ والخلاف فيها كالخلاف فى هذه (فرع) فاذا قلنا لا يضم الشاهد الثانى الى الاول ففى كتاب ابن المواز يؤتنف له الحكم فيحلف مع شاهده وقال ابن كنانة لا يحلف مع الشاهد الثانى لانه ترك حقه بالنكول ونحوه روى يحيى بن يحيى وابن سحنون عن ابن القاسم فاذا قلنا يحلف فنكل ثانية ففى الموازية ترد اليمين ثانية على المطلوب لان اليمين الاول انما سقط بها شهادة الشاهد الاول وقال ابن ميسر لا ترد اليمين على المطلوب ثانية لانه قد حلف على الحق مرة (مسئلة) ويقضى باليمين مع شهادة امرأتين خلافا للشافعى والدليل على مانقوله ان شهادة المرأتين شهادة قبلت فى الشرع مع شهادة رجل فجاز أن يقضى بها مع اليمين ص ﴿ قال مالك وانما يكون ذلك فى الأموال خاصة ولا يقع ذلك فى شئ من الحدود ولا فى نكاح ولا فى طلاق ولا فى عتاقة ولا فى سرقة ولا فى فرية * فان قال قائل فان العتاقة من الأموال فقد أخطأ ليس ذلك على ماقال ولو كان ذلك على ماقال لحلف العبد مع شاهده اذا جاء بشاهد أن سيده أعتقه وأن العبد اذا جاء بشاهد على مال من الأموال ادعاه حلف مع شاهده واستحق حقه كما يحلف الحر ﴾ ش قوله وانما يكون ذلك فى الأموال خاصة قال سحنون فى كتاب ابنه يقضى باليمين مع الشاهد فى المال المعين وغير المعين مما ثبت فى الذمة قال ابن وهب عن مالك فى الأموال الجسمية من الذهب والورق والحائط والرقيق قال ابن سحنون عن أبيه وفى الغصب والبيع والهبة وأرش الجنايات مما تحمله العاقلة ومالا تحمله وفى ابراء من هو عليه ومصالحته وقبضه وفى التبرى من عيب الرقيق واقرار من يشهد به شاهدان بمال انهما شهدا بباطل ومعنى ذلك ان الشهادة باشرت المال والعقود المختصة بالمال (مسئلة) فان تعلقت الشهادة بالعقود التى لا تختص بالمال ولكن المقصود منها المال كالشهادة على حكم قاض فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون لا يثبت كتاب قاض الى قاض بشاهد ويمين وان كان فى مال وقال مطرف يحلف مع شاهده ويثبت له القضاء وجه قول عبد الملك أن هذه شهادة لا تختص بالمال ولكن المقصود منها المال كالشهادة على النكاح ووجه قول مطرف ان هذه شهادة مقصودها المال فأشبهت البيع (مسئلة) وأما الجراح فقد اختلف أقوال

* قال مالك وانما يكون ذلك فى الأموال خاصة ولا يقع ذلك فى شئ من الحدود ولا فى نكاح ولا فى طلاق ولا فى عتاقة ولا فى سرقة ولا فى فرية فان قال قائل فان العتاقة من الأموال فقد أخطأ ليس ذلك على ماقال ولو كان ذلك على ما قال لحلف العبد مع شاهده اذا جاء بشاهد أن سيده أعتقه وان العبد اذا جاء بشاهد على مال من الأموال ادعاه حلف مع شاهده واستحق حقه كما يحلف الحر

شيوخنا فيها في المجموعة وغيرها الطلاق قولهم لا يجوز الشاهد واليمين الا حيث تجوز شهادة رجل وامرأتين وقال سحنون أصلنا ان كل ما جاز فيه شاهد ويمين جازت فيه شهادة النساء وكل ما لا يجوز فيه شاهد ويمين لم تجز فيه شهادة ويمين النساء وتقدم من القول ان الشاهد واليمين انما يجوز في المال وقد قال في المجموعة ابن القاسم وابن الماجشون وأشهب تجوز شهادة النساء في خطأ القتل والجراحات قال أشهب وفي العمد الذي لا قود فيه وان لم يكن معهن رجل حلف المجروح واستحق دية جرحه ووجه ذلك ان هذه شهادة انما يجب بها المال وبه فثبتت بشاهد ويمين كالشهادة بالبيع واختلف في جراح العمد فروى في العتبية سحنون عن ابن القاسم لا تجوز شهادة النساء في ذلك وروى في المجموعة وكتاب ابنه ان قول ابن القاسم اختلف في ذلك وقال ابن الماجشون وسحنون يجوز في ذلك شهادة النساء وجه القول الاول ان هذه شهادة لا يجب بها مال ولا تتعلق به فلم تثبت بشهادة النساء مع الرجال كالشهادة بقتل العمد ووجه القول الثاني ان هذا حق الآدمي لا يتعلق بتفويت نفس ولا ملك منافعها فأشبه الشهادة بالبيع والاجارة (فرع) واذا قلنا تجوز في جراح العمد فقد قال عبد الملك في المجموعة والواضحة يجوز فيما صغر منها كالموضحة والأصبع ونحو ذلك مما يؤمن على النفس ولا يجوز فيما يخاف منه تلف النفس وقال سحنون في المجموعة وكتاب ابنه اختلف قول ابن القاسم في شهادة النساء فيما دون النفس قال والذي رجع اليه ابن القاسم أن ذلك لا يجوز ولا يعجبني وجه قول ابن الماجشون وسحنون ان الشهادة معتبرة بما يثبت بها وجدنا التغليظ في الشهادة من جهتين من جهة العدد وله أقل وأكثر ومن جهة الذكورة فاما أن كان الزنا يتعلق بسفك الدم واتلاف حرمة العرض وتدخل به المعرة على الأهل والقرابة تغلظ بالوجهين بأكثر العدد والذكورة ولما كان قتل العمد يتعلق به سفك الدم خاصة تعلق بأقل العدد بن والذكورة ولما كانت الأموال أقلها رتبة لم يتعلق بذكورة ولا عدد فثبت بشهادة رجل وامرأتين وباليمين مع شاهد واحد ووجدنا الجراح تنوع نوعين فمنها ما يصغر ويقل خطره ويؤمن تعديه الى النفس غالبا فلم يدخله التغليظ وثبت بما تثبت به الأموال ومنها ما عظم وعظم خطره ويخاف تعديه الى النفس فدخله التغليظ الذي حصل في القتل لما يخاف أن يكون سببا اليه ووجه قول ابن القاسم ان الشهادة بما دون النفس شهادة بجراح لا تتناول النفس ولا سفك الدم فتثبت بشهادة رجل وامرأتين وبشهادة رجل ويمين أصل ذلك ما صغر من الجراح ويحتمل عندي أن يكون ابن القاسم يرى الاحتياط في اثبات القتل والجراح بالشاهدين واليمين كما يرى ذلك في اثباتها بشهادة الصبيان وانما تغلظ النفس بعدد الايمان والحالفين ولذلك اعتبر العدالة والذكورة في الشاهد بالقتل والله أعلم

(فصل) وقوله وانما يكون ذلك في الاموال خاصة دون الحدود والنكاح والطلاق والعتق والسرقة والفدية يريد أن اليمين مع الشاهد يحكم بها في الأموال ولا يحكم بها في المعاني التي نص عليها من الحدود والسرقة والفدية زاد ابن حبيب عن مطرف عن مالك والشرب قال مالك في الموطأ وكذلك الطلاق والنكاح والعتاق وانما لم يقض باليمين مع الشاهد في الحدود لأنها من حقوق الله تعالى وما كان من حقوق الله تعالى لم يتصور فيه القضاء باليمين مع شهادة المستحق وأما النكاح والطلاق والعتق فانها من حقوق الله تعالى وما تعلق بها من حقوق الآدميين كالنكاح والرجعة فهو حق يتعلق بجميع البدن كالقصاص في القتل ولا يثبت باليمين مع الشاهد هلال صوم ولا فطر ولا حج لما تقدم والله أعلم (فرع) اذا ثبت ذلك فالفرية وهي القذف بالزنا لا تثبت على القاذف بشاهد ويمين وروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك في العتبية والمجموعة أنه يحلف له ما قذفه فان نكل سجن له أبدا حتى يحلف وروى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية ان طال سجنه خلى سبيله ولا ضرب عليه

وتوجيه ذلك يأتى فى حكم الشاهد بالطلاق والعتق ان شاء الله (مسئلة) وان أقام شاهدا أن فلانا شتمه قال أشهب عن مالك لا يقضى فى هذا بشاهد ويمين ولكن ان كان الشاتم يعرف بالسفه والفحش عزر قيل أفهل الشاتم يمس قال نعم وعسى بأن أراه وليس كل ما رأى المرء أن يوجد له سنة وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك يقضى باليمين مع الشاهد فى المشاتمة دون الحدود ووجه ذلك انه حق يستوفى منه لا يوجب حرمة وحق الآدمى فثبت بالشاهد واليمين كالمال (مسئلة) وان شهد شاهد أنه سرق لم يقطع يده ويحلف صاحب المتاع مع شهادة شاهده ويستحق عليه رد ما سرق واذا شهد عليه شاهد انه شرب خمرا لم يحد وأما النكاح فان شهد بعقد نكاح لم يثبت حكمه ولا يجب اليمين به على من ادعى عليه النكاح ولو ثبت النكاح وجهل الصداق ثبت قدر الصداق بالشاهد واليمين لانه حكم فى مال (مسئلة) وأما الطلاق والعتق فان ادعته المرأة على زوجها والامة على سيدها فلا يمين على السيد ولا الزوج قال مالك ولا يأتيها زوجها الا مكرهة قال ابن القاسم والامة كذلك وان استطاعت أن تفتدى الزوجة بجميع مالها فتفعل ووجه ذلك انها تعتقد الزنا فى وطئها فلا يحل لها ذلك الا بالاكراه الذى لا تستطيع دفعه واذا أمكنها أن تفتدى منه بجميع ما تملك لزمها ذلك كالتى تكره على الزنا (مسئلة) وان شهد شاهد بطلاق أو عتق فقد قال مالك يحلف الزوج والسيد ان أنكر فان حلف لم يلزمه شئ من الطلاق ولا العتق فان نكل ففى ذلك عن مالك روايتان قال ابن القاسم كان مالك يقول تطلق الزوجة ويعتق العبد عليه وبهذا قال أشهب ثم رجع فقال يحبس وهو الذى يختاره ابن القاسم وأكثر أصحابنا وجه القول الاول ان كل من لزمته يمين فان نكوله لا يوجب ردها فانه يوجب الحكم عليه والا فلا فائدة فى الزامها اذا كان الامتناع منها يبطل حكمها ووجه آخر ان هذا نكل عن يمين وجبت عليه لابطال شهادة شاهد فوجب أن يحكم عليه بما شهد به الشاهد كما لو ردت عليه فى الأموال ووجه القول الثانى ما احتج به ابن المواز بأنى لو حكمت عليه لحكمت بشاهد بغير يمين فيكون ذلك أقل حالا من المال ومعنى ذلك ان هذا الشاهد ليس ممن يجب أن ينفذ عليه بشهادته ما شهد به بوجه لو اقترنت شهادته بيمين المدعى فاليمين توجب شهادته بمنزلة اليمين التى توجبها الدعوى فى الأموال وليست بمنقولة اليه عن جنبة من كان يحكم له بيمينه فيحكم عليه بنكوله وانما هى للاستظهار واذا نكل عنها لم يحكم عليه بها عن مالك ان نكل (فرع) فاذا قلنا انها تطلق عليه بالنكول فقد روى أشهب عن مالك انه ان نكل ثم أراد أن يحلف فانه ليس له ذلك وكذلك العتق ووجه ذلك أن النكول تضعف جنبته ويقوى دعوى المدعى عليه الطلاق فاذا نكل فقد أقر من ضعف جنبته بما يوجب الحكم عليه فليس له الرجوع عن ذلك (فرع) واذا قلنا انه يحبس فقد روى عن مالك انه يحبس أبدا حتى يحلف أو واختاره سحنون ورواه يحيى بن يحيى عن ابن نافع فى الطلاق والعتق وقال ابن القاسم يحبس حتى يطول عليه وتطلق والطول سنة وجه القول الأول انه انما سجن ليحلف فلا يخرج عن السجن الا بما حبس لأجله ووجه قول ابن القاسم أن السجن انما هو عقوبة لامتناعه من اليمين ولاختباره له والسنة مدة فى الشرع لمعان من الاختبار كالعنة وغيرها وقد روى عن ابن نافع انه يسجن ويضرب له أجل الايلاء فاذا انقضى طلق عليه بعد ذلك هذا الذى رواه عنه فى نوادره الشيخ أبو محمد والذى فى كتاب ابن مزين ان يحيى بن يحيى روى عنه ما تقدم ان محمد بن خالد روى عنه انه أطال سجنه على المرأة وأبى أن يحلف ضرب له الأجل فان حلف عند انقضائه خلى سبيله وردت اليه المرأة وان أبى أن يحلف طلقت عليه بالايلاء قال يحيى وقال أبو زيد قاضى أهل المدينة مثله ووجه ذلك انه ممنوع من الوطء بمعنى من جهته فضرب له أجل الايلاء كالذى يحلف بطلاق زوجته ليفعلن فانه يدخل عليه الايلاء من يوم رفعته زوجته ويحكم به

* قال مالك فالسنة عندنا أن العبد اذا جاء بشاهد على عتاقته استحلف سيده ما أعتقه وبطل ذلك عنه * قال مالك وكذلك السنة عندنا أيضا في الطلاق اذا جاءت المرأة بشاهد أن زوجها طلقها أحلف زوجها ما طلقها فاذا حلف لم يقع عليه الطلاق * قال مالك فسنة الطلاق والعتاقة في الشاهد الواحد واحدة انما يكون اليمين على زوج المرأة وعلى سيد العبد وانما العتاقة حد من الحدود لا تجوز فيها شهادة النساء لأنه اذا اعتق العبد ثبتت حرمته ووقعت له الحدود ووقعت عليه وان زنى وقد أحصن رجم وان قتل قتل به وثبت له الميراث بينه وبين من يوارثه فان احتج محتج فقال لو أن رجلا أعتق عبده وجاء رجل يطلب سيد العبد بدين له عليه فشهد له على حقه ذلك رجل وامرأتان فان ذلك يثبت الحق على سيد العبد حتى ترد به عتاقته اذا لم يكن لسيد العبد مال غير العبد يريد أن يجيز بذلك شهادة النساء في العتاقة فان ذلك ليس على ما قال وانما مثل ذلك الرجل يعتق عبده ثم يأتي طالب الحق على سيده بشاهد واحد فيحلف مع شاهده ثم يستحق حقه وترد بذلك عتاقة العبد أو يأتي الرجل قد كانت بينه وبين سيد العبد مخالطة وملابسة فيزعم أن له على سيد العبد مالا فيقال لسيد العبد احلف ما عليك ما ادعى فان نكل وأبى أن يحلف حلف صاحب الحق وثبت حقه على سيد العبد فيكون ذلك يرد عتاقة العبد اذا ثبت المال على سيده * قال وكذلك أيضا الرجل

عليه الحاكم وهذا أشد من الخلاف لانه يدعي عليه تحريم الزوجة وقد شهد به عليه شاهد

(فصل) وقوله فان قال قائل ان العتاقة من الأموال فقد أخطأ ولو كان على ما قال يحلف العبد مع شاهده على عتقه لانه يجب مع شاهده في المال وهذا الذي قاله مبني على بيان معنى قولنا الشهادة على الأموال وذلك أن الشهادة على المال هي الشهادة بطلب مال يخرج من متمول له الى متمول آخر وليس هذا حكم الشهادة على العتاقة لان الرقبة بالعتاقة لا تخرج الى متملك وذلك مثل المال يطلبه الرجل من الآخر فيشهد له بشاهد سواء كان ذلك المال دينا معلقا بذمته أو شيأ معينا مما يتملك وذلك على ثلاثة أوجه أحدها أن يباشر الشهادة مالا فيؤدي الى عتق أو الى نقضه أو الى طلاق زوجة وسيأتي ذكره أو تكون الشهادة تجر الى المال لا يحكم فيها بغير ذلك وان باشرت معنى آخر مثل الشهادة على الحر بجرح العبد فيحلف سيده مع شاهده ويستحق الارش قاله ابن حبيب في المجموعة وكتاب ابن حبيب وقال أشهب في العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن اذا شهدت امرأتان على امرأة انها ضربت بطن امرأة فالقت مضغة فلتحلف معهما وتستحق الغرة ولا كفارة على الضاربة وروى أشهب عن مالك في العتبية في الذي شهد له شاهد انه وارث فلان فان لم يأت بغيره حلف واستحق قال أشهب وذلك اذا كان نسبه من الميت ثابتا ويكون الشاهد يشهد انه لا يعلم له وارث غيره فيحلف معه ويرث لانه شهد على مال وكذلك الولاء يثبت للذي قعد من أهل الولاء بالشاهد واليمين اذا ثبت الولاء لمن ورثوه عنه قاله الشيخ أبو محمد وفي كتاب ابن المواز من أقام شاهدا أنه وارث فلان أو مولاه لا يعلم له وارث غيره قال مالك يستأني بالمال حتى يؤيس أن يأتي أحد بأثبت من ذلك فيحلف معه ويقضى له بالمال ولا نسب له يثبت فهذا مخالف لما تقدم

(فصل) وقوله ان العبد يحلف مع شاهده في المال يقتضي انه يحلف في قليل ذلك وكثيره لان مالكا قال انه يحلف كما يحلف الحر وجه ذلك انه يملك كما يملك الحر فوجب أن يحلف مع شاهده ليصل الى استحقاق ملكه كالحر ص * قال مالك فالسنة عندنا ان العبد اذا جاء بشاهد على عتاقته استحلف سيده ما أعتقه وبطل ذلك عنه * قال مالك وكذلك السنة عندنا أيضا في الطلاق اذا جاءت المرأة بشاهد أن زوجها طلقها أحلف زوجها ما طلقها فاذا حلف لم يقع عليه الطلاق * قال مالك فسنة الطلاق والعتاقة في الشاهد الواحد واحدة انما يكون اليمين على زوج المرأة وعلى سيد العبد وانما العتاقة حد من الحدود ولا تجوز فيها شهادة النساء لانه اذا عتق العبد ثبتت حرمته ووقعت له الحدود ووقعت عليه وان زنى وقد أحصن رجم وان قتل قتل به وثبت له الميراث بينه وبين من يوارثه فان احتج محتج فقال لو أن رجلا أعتق عبده وجاء رجل يطلب سيد العبد بدين له عليه فشهد له على حقه ذلك رجل وامرأتان فان ذلك يثبت الحق على سيد العبد حتى ترد به عتاقته اذا لم يكن لسيد العبد مال غير العبد يريد أن يجيز بذلك شهادة النساء في العتاقة فان ذلك ليس على ما قال وانما مثل ذلك الرجل يعتق عبده ثم يأتي طالب الحق على سيده بشاهد واحد فيحلف مع شاهده ثم يستحق حقه وترد بذلك عتاقة العبد أو يأتي الرجل قد كانت بينه وبين سيد العبد مخالطة وملابسة فيزعم أن له على سيد العبد مالا فيقال لسيد العبد احلف ما عليك ما ادعى فان نكل وأبى أن يحلف حلف صاحب الحق وثبت حقه على سيد العبد فيكون ذلك يرد عتاقة العبد اذا ثبت المال على سيده * قال وكذلك أيضا الرجل

ينكح الأمة فتكون امرأته فيأتي سيد الأمة الى الرجل (٢١٨) الذي تزوجها فيقول ابتعت مني جاريتي فلانة أنت وفلان بكذا
وكذا دينارا فينكر ذلك زوج الأمة فيأتي سيد الأمة برجل وامرأتين فيشهدون على ماقال فيثبت بيعه ويحق حقه وتحرم الأمة على زوجها ويكون ذلك فراقا بينهما وشهادة النساء لاتجوز في الطلاق * قال مالك ومن ذلك أيضا الرجل يفترى على الرجل الحر فيقع عليه الحد فيأتي رجل وامرأتان فيشهدون أن الذي افترى عليه عبد مملوك فيضع ذلك الحد عن المفترى بعد أن وقع عليه وشهادة النساء لا تجوز في الفرية * قال مالك ومما يشبه ذلك أيضا مما يفترق فيه القضاء وما مضى من السنة ان المرأتين يشهدان على استهلال الصبي فيجب بذلك ميراثه حتى يرث ويكون ماله لمن يرثه ان مات الصبي وليس مع المرأتين اللتين شهدتا رجل ولا يمين وقد يكون ذلك في الأموال العظام من الذهب والورق والرباع والحوائط والرقيق وما سوى ذلك من الأموال ولو شهدت امرأتان على درهم واحد أو أقل من ذلك أو أكثر لم تقطع شهادتهما شيأ ولم تجز الا أن يكون معهما شاهد أو يمين

ينكح الأمة فتكون امرأته فيأتي سيد الأمة الى الرجل الذي تزوجها فيقول له ابتعت مني جاريتي فلانة أنت وفلان بكذا وكذا دينارا فينكر ذلك زوج الأمة فيأتي سيد الأمة برجل وامرأتين فيشهدان على ماقال فيثبت له بيعه ويحق حقه وتحرم الامة على زوجها ويكون ذلك فراقا بينهما وشهادة النسب لاتجوز في الطلاق * قال مالك ومن ذلك أيضا الرجل يفترى على الرجل الحر فيقع عليه الحد فيأتي رجل وامرأتان فيشهدون أن الذي افترى عليه عبد مملوك فيضع ذلك الحد عن المفترى بعد أن وقع عليه وشهادة النساء لاتجوز في الفرية * قال مالك ومما يشبه ذلك أيضا مما يفترق فيه القضاء وما مضى من السنة ان المرأتين يشهدان على استهلال الصبي فيجب بذلك ميراثه حتى يرث ويكون ماله لمن يرثه ان مات الصبي وليس مع المرأتين اللتين شهدتا رجل ولا يمين وقد يكون ذلك في الأموال العظام من الذهب والورق والرباع والحوائط والرقيق وماسوى ذلك من الأموال ولو شهدت امرأتان على درهم واحد أو أقل من ذلك أو أكثر لم تقطع شهادتهما شيأ ولم تجز الا أن يكون معهما شاهد أو يمين ﴿ ش ﴾ قوله ان العبد اذا جاء بشاهد ان سيده أعتقه حلف السيد وبطل العتق وكذلك المرأة تدعى طلاق زوجها يحلف الزوج ولا يلزمه طلاق فان وجد العبد أو الزوجة بعد اليمين شاهدا آخر فانه يضم الى الشاهد الأول ويقضى بهما بالعتق والطلاق قال ابن المواز لانه منع أولا من اليمين فلم يوجد منه نكول يسقط به الشاهد كالصغير يقوم له شاهد بحق فيحلف المطلوب ثم يوجد له شاهد آخر بذلك الحق فانه يحكم له به (مسئلة) ولو كان العبد اذا أقام شاهدا بعد موت سيده انه أعتقه في مرضه ففي كتاب ابن المواز ان الورثة يحلفون على العلم ووجه ذلك انه لا طريق لهم الى القطع بذلك كسائر ما يدعى عليه من الحقوق

(فصل) وقوله ان العتاقة من الحدود يريد انه يتعلق بها حق لله تعالى ولذلك لو اتفق السيد والعبد على ابطال العتق لم يكن لهما ذلك وقد ذكر الله تعالى الطلاق فقال الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان وقال عز من قائل تلك حدود الله فلا تعتدوها فوصف الطلاق وما ذكر معه بانه من حدود الله تعالى

(فصل) وقوله لا تجوز فيها شهادة النساء يريد لا ينفذ العتق والطلاق بشهادة النساء فلو شهد رجل وامرأتان بعتق أو طلاق لم تجز في ذلك شهادتهم بمعنى أن يحكم بالطلاق ولو شهدت امرأتان على رجل بطلاق امرأته أو عتق عبده وجبت بشهادتهما على الزوج والسيد اليمين وليست ههنا شهادة على التحقيق لانه لا يحكم بما يقتضيه من الطلاق وانما يجب بها اليمين على الزوج وهي تشبه الشاهد العدل في المقاسمة

(فصل) وقوله لانه اذا عتق العبد ثبتت حرمته ووقعت له الحدود ووقعت عليه وان زنا وقد أحصن رجم وان قتل قتل به وتثبت له المواريث يريد بقوله ثبتت حرمته انه ثبت له حرمة الحرية فتكمل ديته دية الحر ويثبت القصاص بينه وبين الحر في النفس والأطراف ومن قذفه مع العفة حد ويريد بقوله ووقعت له الحدود ان من قذفه حد لقذفه مع العفة ويريد بقوله ووقعت الحدود عليه وتتم له حدود الحر في القذف والزنا وشرب الخمر ورجم في الزنا مع الاحصان وهذه كلها معان تثبت للانسان من أحكام الحرية فلا يقبل فيها شهادة النساء ولذلك استدل شيوخنا بالحرية على أن شهادة النساء لا يحكم بها في العتاقة

(فصل) وقوله فان احتج محتج بمن أعتق عبده وجاء من يطلبه بدين شهد له به رجل وامرأتان ثبت

الحق على السيد ان كان معسرا ورد عتق العبد محتجا بذلك لاجازة شهادة النساء فى العتق فليس على ما قال وقد رد العتق بهذا الوجه بالشاهد على السيد بدين مع يمين الطالب أو بدعوى المدعى ونكول السيد هذا كله غلط قاله مالك لان عتق الرجل عبده وعليه دين يحيط بماله والعبد غير جائز سواء كان عتقه واجبا أو تطوعا لانه ليس له اتلاف أموال الناس بأداء الكفارة منها أو عتق تطوع وانما جاز أن يرد العتق بشهادة رجل وامرأتين و بشهادة امرأتين و يمين الطالب أو شهادة رجل و يمين الطالب لان الشهادة لاتباشر رد العتق ولاتتناوله وانما تتناول اثبات الدين فاذا ثبت الدين بهذه الشهادة مع مايقترن بها رد العتق بثبوت الدين المتقدم عليه المانع منه وهذا كما يقول انه تجوز شهادة النساء فى الولادة وثبت النسب بها ولو شهدت به النساء لم يثبت بشهادتهن (مسئلة) وأما قوله ان العتق يرد بنكول السيد عن اليمين فهو قول مالك فى الموطأ وكذلك وقع فى العتبية والمجموعة وفى كتاب ابن مزين عن ابن القاسم لاترد بذلك عتاقة العبد زاد أبو محمد فى روايته ولا باقراره ان أقر أن عليه دينا وجه ذلك أن النكول من فعله فليس له أن يرق به العبد لانه رجوع فى عتقه كاقراره بالدين

(فصل) وقوله وكذلك أيضا الرجل تكون تحته أمة غيره فيأتى سيدها برجل وامرأتين يشهدون أن الزوج اشتراها من السيد فيثبت الشراء وتحرم الأمة على زوجها وان كانت شهادة النساء لاتجوز فى الطلاق قال عبد الملك فى كتاب ابن سحنون والنساء فى هذا لم يشهدن فى نفس الفراق وانما يشهدن فى مال جر الى ماذكرت قال سحنون وكذلك شهادتهن فيمن غر من نفسه بالحرية انه مملوك لفلان جازت فيحلف بعضهن و يرق له و يبطل الحد عمن قذفه وتصير حدوده حدود عبد ولو كان قذف أو قذف فشهد امرأتان انه مملوك لغائب أو صغير فالحد قائم له رواه ابن المواز عن أشهب قال ابن المواز ومتى قدم الغائب أو كبر الصغير حلف واستحق رقبته و وجه ذلك عندى انه لايصح الحكم برقه الآن لعدم من يدعيه و يحلف مع شهادة المرأتين فيبقى على حكم الرق الى أن يدعيه مدع و يحلف مع شهادتهما قال ابن الماجشون ولو شهدت امرأتان على أداء كتابة مكاتب لحلف وتم عتقه وهذا كله على نحو ماتقدم

(فصل) وقوله ومايشبه ذلك أيضا ان المرأتين تشهدان على استهلال الصبى فيجب بذلك ميراثه حتى يرث و يورث دون أن يكون معهما شاهد أو يمين و يكون ذلك فى الاموال العظام ولو شهدت امرأتان على درهم واحد أو أقل لم يحكم بشهادتهما الا ان يكون معهما شاهد أو يمين يريد ان شهادة المرأتين تقبل و يحكم بها دون أن يقترن بها شئ فيما لايطلع عليه الرجال كالاستهلال والولادة قال القاضى أبو محمد الا الرضاع وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وكذلك اذا شهدت امرأتان أن فلانة أسقطت حلت من عدتها للازواج قال مالك فى كتاب ابن سحنون شهادة امرأتين تجوز فيما لايطلع عليه غيرهن مما تحت الثياب من العيوب والحيض والولادة والاستهلال وشبه ذلك و وجه ذلك انه اذا كان مما لايجوز للرجال النظر اليه لم تصح شهادتهم فيه وهو مما يطلع عليه النساء فتدعو الضرورة الى تجويز شهادتهن وفيه قد نص الله على قبول شهادتهن حيث تجوز شهادة الرجال فبان تجوز حيث لاتصح شهادة الرجال ولا يمكن اطلاعهم عليه أولى (مسئلة) واذا ادعى الزوج أن زوجته رتقاء أو بها داء الفرج قال سحنون أصحابنا يرون انها مصدقة وأنا أرى ان ينظر النساء الى عيوب المرأة الحرة التى فى الفرج وقد تقدم هذا فى النكاح وأمر سحنون فى صبية أراد أولياؤها

تزويجها فأمر امرأتين عادلتين أن تنظرا اهل أنبتت فأخبرتاه ان قد أنبتت فأذن لهم فى انكاحها وأما ما كان فى غير الفرج فانه يبعد عن ذلك الموضع لينظر اليه الشهود وكذلك لو أصابتها علة فى موضع يحتاج أن ينظر اليه الطبيب بعد عن ذلك الموضع فينظر اليه الاطباء قال سحنون ووجه ذلك انه ليس بمغلظ كنفس العورة وانما يحرم النظر بكل حال فى حق الرجل الى نفس العورة (مسئلة) وأما شهادة امرأتين على الرضاع فقد قال القاضى أبو محمد عن مالك فى ذلك روايتان احداهما انه لا يكفى فى ذلك الا ان يفشو عند الجيران ويظهر وينتشر والاخرى ان شهادتهما مقبولة وان لم يفش قال ووجه الرواية الاولى ان الرضاع وان كان مما ينفرد به النساء فتتعلق به أحكام شرعية ولا يكاد يخفى أمره غالبا بل يفشو فاذا عرا من الظهور والانتشار ضعفت الشهادة ووجه الرواية الثانية اعتبار ابسائر الشهادات قال وهذا أصح وقد ذكر شيوخنا المتقدمون فى ذلك ما يعتمد عليه أيضا ففى الموازية عن مالك ان شهادة المرأتين فى الرضاع بعد عقد النكاح لا تجوز الا بالسماع الفاشى القوى الذى يأتى من غير وجه ولا وجهين وفى المجموعة عن ابن الماجشون مثله وزاد ولا يفسخ النكاح منه الا بالامر القوى المنتشر قال سحنون فى كتاب ابنه وأما ما كان من ذلك قبل التزويج وان ضعف فحقيق على المرء فيه التوقى والحيطة فاقتضى ذلك ان ما تقدم من قول مالك وابن الماجشون انما هو فى فسخ النكاح المنعقد قبل الشهادة (مسئلة) وأما شهادة امرأتين فى الرضاع فقد تقدم من قول القاضى أبى محمد فيما فيه كفاية وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع ففى الموازية عن مالك لا يعمل بها الا ان يفشو فى الصغر عند المعارف وقال أيضا لا يقضى بقولها وأحب الى أن يصدقها الزوج قال محمد يريد ان كانت عادلة فانما يقع الخلاف منه فى فسخ النكاح وأما التوقى منه فمتفق عليه قال محمد الا ان يطول مقامه معها بعلم المرأتين فلا تجوز شهادتهما يريد وان كان معهما الخبر فاشيا والله أعلم وأحكم (مسئلة) فاذا قلنا تقبل شهادة النساء بانفرادهن فيما تقدم فانه يقبل فيه شهادة امرأتين دون يمين الطالب هذا قول مالك وقال عطاء والشعبى لا يجزئ أقل من أربع وبه قال الشافعى ووجه ذلك ان كل جنس يجوز الجنس منه بانفراده فانه يجزئ منه الاثنان كالرجال ولا تجزئ الواحدة خلافا لليث وأبى حنيفة فى قوله تقبل شهادة الواحدة فى العورة وهو ما بين الركبة الى السرة والدليل على ما نقوله انه لا يجوز فى حق من الحقوق شهادة الرجل الواحد ولا خلاف انه أبلغ فى باب الشهادة من المرأة ولذلك جعل الرجل فى مقابلة امرأتين ثم ثبت وتقرر انه لا يحكم بشهادة رجل واحد دون أن يقارنه شئ فبان لا يحكم بشهادة امرأة واحدة أولى وأحرى

(فصل) وأما قوله لشهادة امرأتين على الولادة والاستهلال تثبت الميراث وتملك بذلك الاموال العظام من العين والرباع وغيرها ولا يحكم بشهادتهما فى درهم فلما ذكرناه من ان شهادتهما تجوز فى المواضع المذكورة التى لا يطلع عليها الرجال فيحكم بذلك لما ذكرناه ويؤل ذلك الى الحكم بأموال عظيمة جسيمة على وجه المآل لا على وجه المباشرة فلو باشرت شهادتهن درهما واحدا لم يحكم بشهادتهما فى درهم لأن العدد الكثير منهن حيث يجوز الرجال انما هى بمنزلة الرجل الواحد فكذلك لا تجوز شهادتهن فى العتق وتجوز فيما يفضى الى العتق ويؤل اليه والله أعلم وأحكم ص

﴿ قال مالك ومن الناس من يقول لا يكون اليمين مع الشاهد الواحد ويحتج بقول الله تبارك وتعالى وقوله الحق واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من

قال مالك ومن الناس من يقول لا تكون اليمين مع الشاهد الواحد ويحتج بقول الله تبارك وتعالى وقوله الحق واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من

الشهداء يقول فان لم يأت برجل وامرأتين فلا شئ له ولا يحلف مع شاهده * قال مالك فمن الحجة على من قال ذلك القول ان يقال له أرأيت لو أن رجلا ادّعى على رجل مالا أليس يحلف المطلوب ما ذلك الحق عليه فان حلف بطل ذلك عنه وان نكل عن اليمين حلف صاحب الحق ان حقه لحق وثبت حقه على صاحبه فهذا مما لا اختلاف فيه عند أحد من الناس ولا ببلد من البلدان فبأى شئ أخذ هذا أو فى أى كتاب الله وجده فان أقر بهذا فليقرر باليمين مع الشاهد وان لم يكن ذلك فى كتاب الله عز وجل وانه ليكفى من ذلك ما مضى من السنة ولكن المرء قد يحب أن يعرف وجه الصواب وموقع الحجة ففى هذا بيان ما أشكل من ذلك ان شاء الله تعالى ﴾ ش قوله ان احتج محتج على من يجيز اليمين مع الشاهد بأن الله تعالى يقول فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان قال وهذا يقتضى ان عدم الرجلان لا يجزئ الا رجل وامرأتان والزيادة فى النص عندهم نسخ ولا يجوز نسخ القرآن بالقياس ولا باخبار الآحاد والجواب ما أجاب به ان من ادعى على رجل مالا فان المطلوب يحلف ما ذلك الحق عليه وهذا مما لا خلاف فيه بين الأئمة وليس هذا فى كتاب الله ويلزم أبا حنيفة على قوله هذا أن لا يثبت حكم بحديث صحيح ولا قياس ولا يثبت الا بما يجوز فيه النسخ للقرآن لان هذا كله زيادة فى نص القرآن وان لم يكن هذا زيادة فى نص القرآن لانه ينافى النص فكذلك ما ذكرناه فانه لا ينافى النص فانه لو قال فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان أو فرجل ويمين الطالب لصح ذلك وقال كثير من أصحابنا ان الزيادة فى النص ليست بنسخ لان النسخ ازالة الحكم الثابت بشرع متأخر عنه على وجه لولاه لكان ثابتا والزيادة فى النص لا تزيل حكم المزيد عليه بل تبينه وتضيف اليه شيأ آخر ولذلك اذا فرضت الصلاة ثم فرض الصيام لم يكن فرض الصيام نسخا لفرض الصلاة وقال القاضى أبو بكر ان الزيادة فى النص اذا غيرت حكم المزيد عليه فهو نسخ واذا لم تغيره فليس بنسخ ومعنى تغييره له أن يؤمر بالصلاة ركعتين ثم يؤمر بها أربع ركعات فهذا نسخ لان الركعتين ليستا بشرعية بعد الأمر بالأربع ولو افتتح الصلاة على ركعتين وأتمها على حسب ما كان يصليها قبل ذلك وسلم منها ثم أراد أن يضيف اليهما ركعتين أخريين يتم بهما ظهره أو عصره لم يجز ذلك فهذا نسخ وأما الذى لا يغير حكم المزيد فمثل أن يأمر بالحد أربعين ثم يؤمر به ثمانين فهذه الزيادة لا تغير حكم المزيد ولو ابتدأ ضربه على أربعين وأتمها على حسب ما كان يأتى بها قبل الأمر بالثمانين ثم أراد أن يتم عليه الثمانين كان له ذلك وفى مسئلتنا هذه الزيادة التى يزعمها بالحكم بالشاهد واليمين لم تغير حكم المزيد عليه بل يقبل شهادة الشاهدين وشهادة الرجل والمرأتين على حسب ما كان يقبل ذلك قبل الأمر بالحكم بالشاهد واليمين

(فصل) وقوله بعد ذلك فان نكل المدعى عليه حلف صاحب الحق ليس مما لا اختلاف فيه فان أبا حنيفة وأكثر الكوفيين لا يرون رد اليمين على المدعى بنكول المدعى عليه ولا يثبت عندهم فى جنبة مدعى المال فيحتمل أن يريد بقوله انه مما لا خلاف فيه فى بلد من البلدان ولا بين أحد من الناس إيجاب اليمين على المنكر دون رد اليمين على المدعى بنكول المنكر لما قدمناه من خلاف أهل الكوفة وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) وقوله وانه ليكفى فى هذا ما مضى من السنة لعله يريد الحديث الذى أورده لان أهل الكوفة وسائر الناس كانوا فى ذلك الزمن يقولون بالمراسيل وقوله ولكن المرء يحب أن يعرف وجه الصواب وموقع الحجة يريد أن يعرف وجه الصواب من جهة المعنى والقياس وقطع اعتراض

الشهداء يقول فان لم يأت برجل وامرأتين فلا شئ له ولا يحلف مع شاهده * قال مالك فمن الحجة على من قال ذلك القول أن يقال له أرأيت لو أن رجلا ادعى على رجل مالا أليس يحلف المطلوب ما ذلك الحق عليه فان حلف بطل ذلك عنه وان نكل عن اليمين حلف صاحب الحق ان حقه لحق وثبت حقه على صاحبه فهذا مما لا اختلاف فيه عند أحد من الناس ولا ببلد من البلدان فبأى شئ أخذ هذا أو فى أى كتاب الله وجده فان أقر بهذا فليقرر باليمين مع الشاهد وان لم يكن ذلك فى كتاب الله عز وجل وانه ليكفى من ذلك ما مضى من السنة ولكن المرء قد يحب أن يعرف وجه الصواب وموقع الحجة ففى هذا بيان ما أشكل من ذلك ان شاء الله تعالى

المعترض عليه بتأويل أو غيره لان ذلك أقوى لغلبة الظن وأبين لوجه تعلق ذلك الحكم بما يتعلق به وما هو مثله والله أعلم

﴿ القضاء فيمن هلك وله دين وعليه دين له فيه شاهد واحد ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك في الرجل يهلك وله دين عليه شاهد واحد وعليه دين للناس لهم فيه شاهد واحد فيأبى ورثته أن يحلفوا على حقوقهم مع شاهدهم قال فان الغرماء يحلفون ويأخذون حقوقهم فان فضل فضل لم يكن للورثة منه شئ وذلك أن الأيمان عرضت عليهم قبل فتركوها الا أن يقولوا لم نعلم لصاحبنا فضلا ويعلم أنهم انما تركوا الأيمان من أجل ذلك فاني أرى أن يحلفوا ويأخذوا ما بقي بعد دينه ﴾ ش وهذا على ما قال ان المتوفى اذا كان عليه ديون وله دين فشهد له شاهد أن للورثة أن يحلفوا مع الشاهد ويبدأ الغرماء لان الدين مقدم على الميراث فان فضل شئ كان لهم بالميراث فان نكل الورثة حلف الغرماء وهذا الظاهر من المذهب أن الورثة يبدؤن باليمين على الاطلاق وبهذا قال مالك وأكثر أصحابه قال سحنون انما كان للورثة أن يحلفوا أولا في مسئلة الأصل لان الغرماء لو نكلوا عن اليمين انهم لم يقبضوا دينهم كان للورثة اليمين مع الشاهد أولا اذا لم يقم الغرماء فان قاموا وثبتت حقوقهم وطلبوا أن يحلفوا فهم المبدؤن بها لانهم أولى بتركته وجه القول الأول ان الورثة أولى بالتركة بدليل أن للورثة أن يدفعوا الى الغرماء من أموالهم ويختصون بالتركة دون الغرماء ولو كان الميت حيا لما كان للغرماء أن يحلفوا فكذلك مع ورثته لانهم يقومون مقامه ما أرادوا التركة ووجه القول الثاني قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين فلما كان أصحاب الدين مبدئين قبل الورثة في الأخذ فكذلك في الأيمان اذا حكم لهم بصحة دينهم (فرع) اذا ثبت ذلك فالاختلاف بين مالك وسحنون في تبدئة الغرماء والورثة بالأيمان على الوجه الذي تقدم وقال محمد والمعروف من قول مالك ان الورثة مبدؤن بالأيمان ان كان في المال فضل فان لم يكن فيه فضل حلف الغرماء فان نكلوا حلف الغريم وبرئ والذي روى ابن وهب عن مالك خلاف هذا وخلاف قول سحنون وهو أشبه بما في الموطأ فانه روى عنه اذا أقام للغرماء شاهد للميت بدين ان الورثة يحلفون معه فان نكلوا حلف غرماؤه واستحقوا قدر دينهم فان فضل شئ لم يأخذه الورثة الا بيمين فدل قوله ان الغرماء اذا قاموا بالشاهد انهم انما قاموا به بعد ثبوت حقوقهم واستحلافهم انهم قبضوا دينهم ولولا ذلك لما كان لهم القيام بالشاهد ومع ذلك فالورثة مبدؤن بالأيمان لما قدمناه ودل قوله في آخر المسئلة فان فضل شئ لم يأخذه الورثة الا بيمين على انه لم يفضل شئ فان الحكم فيه ما تقدم (فرع) واذا امتنع الورثة من اليمين أولا لحلف الغرماء وبقي من الدين الذي حلف عليه الغرماء فهل للورثة أن يحلفوا ويأخذوه وقد تقدم من رواية ابن وهب ان لهم ذلك على الاطلاق وفي المجموعة من قول مالك ليس للورثة معاودة اليمين لنكولهم عنها أولا الا أن يقولوا لم نعلم ان في دين الميت فضلا عن الديون التي عليه ونعلم ذلك الآن فيحلفون ويأخذون الفضل وهو معنى ما في الموطأ وجه القول الاول ان نكولهم أولا لم يكن نكولا عن اليمين وتسليم الحق وانما كان امتناعا من يمين يصير ما استحق بها الى غيرهم ولو كان نكولا له حكم النكول لما انتقلت اليمين الى الغرماء وانما كانت تنتقل الى المطلوب وهذه اليمين في الحقيقة انما هي يمين ينوب فيها الورثة عن الغرماء فاذا استوفى الغرماء أيمان الورثة حينئذ يستحقون بها ما يحلفون عليه فان نكلوا حينئذ عن اليمين لم يكن لهم

﴿ القضاء فيمن هلك وله دين وعليه دين له فيه شاهد واحد ﴾

* قال يحيى قال مالك في الرجل يهلك وله دين عليه شاهد واحد وعليه دين للناس لهم فيه شاهد واحد فيأبى ورثته أن يحلفوا على حقوقهم مع شاهدهم قال فان الغرماء يحلفون ويأخذون حقوقهم فان فضل فضل لم يكن للورثة منه شئ وذلك أن الايمان عرضت عليهم قبل فتركوها الا أن يقولوا لم نعلم لصاحبنا فضلا ويعلم أنهم انما تركوا الايمان من أجل ذلك فاني أرى أن يحلفوا ويأخذوا ما بقي بعد دينه

معاودتها ووجه القول الثانى ان الورثة اذا حلفوا فانما يحلفون على جميع الدين فاذا نكلوا فقد بطل حقهم منه كالشركاء فى الميراث من حلف منهم فانما يحلف على اثبات جميع الدين من نكل بطل حقه وثبتت اليمين لغيره فى حصته فاذا علم الورثة بالفضل فنكلوا عن اليمين فقد أبطلوا حقهم منه وان لم يعلموا به ثبتت لهم اليمين عند ظهوره (مسئلة) ولو حلف الغرماء وطرأ مال آخر للميت فلهم الأخذ منه وليس للغرماء أخذ الدين الذى فيه الشاهد الا بأيمانهم قاله أصبغ ومحمد بن عبد الحكم وزاد اذا كان الغرماء لم يأخذوا حقوقهم من الدين حلفوا مع الشاهد فيه وأراه معنى قول أصبغ قال ابن المواز ليس للغرماء ولا للورثة أخذ الدين الا بيمين الورثة ولا يغنى يمين الغرماء التى حلفوا ووجه القول الاول انه لما حلف الغرماء كان لهم أخذ دينهم بما حلفوا عليه فاما اذا أخذوا من غيره وتركوا ذلك الدين فقد صار حقا للورثة فلا يصح يمين الغرماء فيه فلا بد أن يقرن بالشاهد يمين الورثة الذين ينتقل اليهم الدين بالميراث ووجه قول ابن المواز انه لما ظهر المال للميت تبين ان ايمان الغرماء كانت لغوا لا يستحق بها حق لان دينهم فى الذى لا يحتاج الى استحقاقه الى يمين فكان بمنزلة أن يحلفوا مع ظهور المال ويختاروا الحلف والأخذ من الدين دون المال الظاهر وقد قال محمد بن عبد الحكم لا يحلف ههنا الا الورثة وانما يحلف الغرماء اذا لم يكن للميت مال ظاهر يقتضى منه الدين غير المال الذى يستحق بالشاهد واليمين ويجوز أن يكون محمد بن عبد الحكم يرى ذلك فى المال المعلوم دون المال الذى لا يعلم به رواه ابن المواز فى الوجهين (مسئلة) ويحلف كل واحد من الغرماء على ان الدين الذى شهد به الشاهد جميعه حق ليس على ماينوبه رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فى المفلس يحلف غرماؤه مع شاهده على دينه * قال القاضى أبو الوليد وهذا عندى مثله ووجه ذلك ان حق كل انسان منهم شائع فى جميع الدين فانما يحلف على اثبات جميعه (مسئلة) ومن نكل منهم فلا محاصة له مع من حلف قاله مطرف وابن الماجشون فى مسئلة المفلس ووجه ذلك انه بنكوله قد أبطل حقه مما حلف عليه أصحابه كما لو نكل جميعهم (فرع) ومن حلف أخذ جميع حقه من هذا الدين لا مقدار مايقع له منه لو حلف أصحابه أو قام به شاهدان قاله محمد بن عبد الحكم وفى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم ان نكل يعطى الغرماء كان لمن حلف بقدر حقه وبعد القول الاول ان من نكل منهم عن اليمين فقد بطل حقه من الدين وكأنه لم يكن له فى هذا المال حق فلا تأثير لما ادعاه فيه ولم يتعلق بمال الميت الا دين من حلف فوجب أن تكون المحاصة على ذلك ووجه رواية عيسى ان الغرماء لم يناكر بعضهم بعضا فمن حلف منهم استحق حقه فى مال الميت ومن نكل بطل حقه فلم يرجع ذلك الى أصحابه ولذلك لا ترد الايمان عليهم وانما رجع نصيبه الى من يستحق مال الميت ممن يناكر هذا المدعى وعليه ترد اليمين والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان رجع أحد من الغرماء بعد نكوله الى أن يحلف ويأخذ حصته قال مطرف فى مسئلة المفلس ليس له ذلك وقال ابن الماجشون له ذلك فوجه رواية مطرف أن النكول يبطل حق الناكل ويمنعه معاودة مانكل عنه كما لو نكل صاحب الدين ووجه قول ابن الماجشون ما احتج به من انه يقول لم أكن تحققت الأمر فأردت أن أكشف عنه وأبحث وقد تحققته الآن (مسئلة) وهل يحلف الغرماء مع الشاهد بابراء الميت من دين يثبت عليه بشاهدين وقام له شاهد بالابراء منه روى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية يحلف الغرماء على ابرائه وينفرد دون بالتركة روى ابن حبيب عن أصبغ لا يحلف الغرماء فى ابراء الميت وانما يحلفون فى دين له وجه القول الأول ان هذه يمين يصل بها الغريم الى استيفاء حقه فوجب أن

يستوفى فيها الابراء واثبات الدين كيمين من عليه الحق ووجه قول أصبغ ما احتج به من أن يمين الغريم على ابراء الميت رجم بالغيب لانه لا يعلم ذلك وقال ابن المواز ليس هذا رجما بالغيب وانما حلف بخبر مخبر كحلفه على اثبات دين له

﴿ القضاء فى الدعوى ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك عن حميد بن عبد الرحمن المؤذن أنه كان بحضر عمر بن عبد العزيز وهو يقضى بين الناس فاذا جاءه الرجل يدّعى على الرجل حقا نظر فان كانت بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف الذى ادّعى عليه وان لم يكن شئ من ذلك لم يحلفه * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا انه من ادّعى على رجل بدعوى نظر فان كانت بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف المدّعى عليه فان حلف بطل ذلك الحق عنه وان أبى أن يحلف وردّ اليمين على المدّعى فحلف طالب الحق أخذ حقه ﴾ ش قوله فى الذى يدعى على رجل حقا ان كانت بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف المدّعى عليه وان لم يكن شئ من ذلك لم يحلفه هذا قول عمر بن عبد العزيز والفقهاء السبعة بالمدينة وبه قال مالك وقال أبو حنيفة والشافعى يستحلف المدّعى عليه من غير اثبات خلطة والدليل على مانقوله ان مجرد الدعوى لا يوجب حكما الا لوجه ضرورة واستحلاف المدّعى عليه مضرّة تلحقه فلا يجوز أن يؤذى باليمين بمجرد الدعوى عليه الا أن تكون ضرورة بان يكون من الأمور التى تقع عليه كثيرا من غير مخالطة ولذلك تأثير فى الشرع وبذلك تقبل شهادة الصبيان فى القتال لما كان يتعذر اثبات ذلك بشهادة العدول والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك ففى ذلك أبواب ثلاثة * الأول فى الدعاوى التى يعتبر فيها الخلطة وتمييزها من غيرها * والثانى فى تفسير معنى الخلطة وتمييزها من غيرها * والثالث فيما تثبت به الخلطة

(الباب الأول فى تفسير ماتعتبر فيه الخلطة)

ماتعتبر فيه الخلطة هو المداينة وادّعاء دين من معاوضة وفى كتاب ابن المواز وكذلك ان ادّعى عليه كفالة بحق فلا يلزمه ويلحقه ان لم يكن بينهما خلطة ووجه ذلك ان الكفالة نوع من المعاوضة مبنى على المشاحة بين الكفيل ومن تكفل له فأشبه البيع (مسئلة) وان أوصى ان لى عند فلان كذا حلف المدعى عليه من غير اثبات خلطة رواه فى العتبية أشهب وابن نافع عن مالك وقاله ابن كنانة وقال ان الميت عند موته أقرب ما يكون الى الصدق فيوجب من ذلك ماتوجبه المخالطة وماقاله له وجه لان لقول المدّعى عند موته تأثيرا فى تحقيق الدعاوى الموجبة للايمان بناء على قول مالك فى قول المدمى دمى عند فلان (مسئلة) ومن ادّعى ثوبا بيد انسان انه له فاليمين على المدّعى عليه لانه ليس كل من له ثوب أو عرض يمكنه اثباته بالبينة ولو احتيج الى ذلك لتعذر حفظ الشهود له وضبطهم لذلك مع كثرته ولزمهم من مراعاته مايشق فيؤدّى ذلك الى ابطال الحقوق فلذلك يثبت فى مثله اليمين بغير خلطة (مسئلة) والصناع يتعين عليهم اليمين لمن ادّعى عليهم فى صناعتهم دون اثبات خلطة قاله يحيى بن عمر وقال لانهم نصبوا أنفسهم للناس وهذا يلزم عليه تجار السوق فانهم نصبوا أنفسهم للشراء من الناس والبيع منهم غير أن الفرق بينهم ان الصناع نصبوا أنفسهم لما يوجب عليهم المطالبة بالعمل والمعمول خاصة دون أن يكون لهم على أحد مطالبة بمثل ذلك (مسئلة) والعبد المأذون فى التجارة يبيع متاعا فيقتضى الثمن هو وسيده فيدّعى المتبايعون قضاء السيد بعض الثمن قال ابن عبدوس وابن سحنون عن مالك عليه اليمين ان أنكر ووجه ذلك ان اليمين التى تعتبر فيها المخالطة

﴿ القضاء فى الدعوى ﴾

* قال يحيى قال مالك عن حميد بن عبد الرحمن المؤذن انه كان بحضر عمر بن عبد العزيز وهو يقضى بين الناس فاذا جاءه الرجل يدعى على الرجل حقا نظر فان كانت بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف الذى ادعى عليه وان لم يكن شئ من ذلك لم يحلفه * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا انه من ادّعى على رجل بدعوى نظر فان كانت بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف المدعى عليه فان حلف بطل ذلك الحق عنه وان أبى أن يحلف ورد اليمين على المدعى فحلف طالب الحق أخذ حقه

انماهي ماحققت دعوى تناولت معاوضة لان المدّعى عليه منكر لسببها وأما من ادّعى عليه قضاء دينه فلا اعتبار فيها بالخلطة لانه مقر بها بالثمن قد أوجب على نفسه اليمين وكان ذلك بمعنى ومن أوصى ان لفلان عليه دينا فطلب الورثة يمين المقر له ان حقه لحق قال ابن كنانة لا يأخذه احتى يحلف وقد قضي عليه عندنا في مثل هذا مرة باليمين ومرة بلا يمين ومعنى قوله ان حقه لحق يريد لباق لم يقبضه واما أن يحلف على تحقيق ما أوصى به الميت فلا معنى لذلك وجه اثبات اليمين عليه لجواز أن يقبضه بعد الاقرار ووجه نفي اليمين ان الموصى قد صدقه في حياته ومات على تصديقه ولم يقضه أحد بعد موته لان القضاء انما يكون من فعل الوارث وهو يعلم انه لم يقبضه فلا معنى لاستحلافه (مسئلة) وانما تجب اليمين في الدعاوى مع تحقيقها وتحقيق الانكار ولو قال رجل لرجل انا أحلف أن لي عليك كذا لم يلزمه يمين حتى يحقق يمينه من كتاب ابن المواز (مسئلة) فاذا لم تكن خلطة وكان المدعى عليه متهما فهل تجب اليمين عليه بمجرد الدعوى فقد قال سحنون يستحلف والمشهور من المذهب المنع من ذلك واحتج سحنون على قوله هذا بأن للتهمة تأثيرا في الأحكام لان مالكا قال في المرأة تدعي أن رجلا ممن يشار اليه بالخير استكرهها انها تحد وان كان يشار اليه بذلك نظر الامام فيه فالتهمة توجب ما توجبه الخلطة من اليمين ووجه القول الثاني ان حكم العدل والفاجر في الايمان التي تحقق فيها الدعاوى سواء وانما يختلف في يمين التهمة والله أعلم

(الباب الثاني في تفسير معنى الخلطة وتمييزها من غيرها)

اذا ثبت اعتبار الخلطة فالخلطة المعتبرة روى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية قال هي أن يسالفه مبايعة ويشتري منه مرارا وان تقابضا في ذلك السلعة والثمن وتفاصلا قبل التفرق وقاله أصبغ وقال سحنون لا تكون الخلطة الا بالبيع والشراء من الرجلين يريد المتداعيين ووجه القول الاول أن المسالفة واتصالها من المتداعيين تقتضي التعامل ويشهد للبائع أنه اذا كان يسالف كل واحد منهما صاحبه جاز أن يبايعه وربما كانت هذه الدعوى من جهة السلف فيثبت بينهما بذلك ما يوجب اليمين وجه قول سحنون ان الخلطة انما تعتبر في ديون المبايعة فيجب أن يكون الاعتبار بها (مسئلة) ولا تثبت بين أهل السوق مخالطة بكون المتداعيين من أهل السوق حتى يثبت التبايع بينهما قاله المغيرة وسحنون قال سحنون وكذلك القوم يجتمعون في المسجد للصلاة والأنس والحديث فانه لا يثبت بينهما بذلك خلطة ووجه ذلك ما قدمناه من أن التداعي من جهة البيع فيجب أن تثبت بينهما خلطة بسبب البيع (مسئلة) واذا كانت الخلطة بتاريخ قديم وانقطعت بقي حكم المخالطة بينهما قاله أصبغ وسحنون وقال ابن المواز ان قال المدعى عليه قد كانت بيننا خلطة وانقطعت فان ثبت انقطاعها لم يحلف الا بخلطة ثانية مجددة تثبت ببينة وان قضي له عليه اليوم بمائة دينار أقام فيها بينة ثم جاء من الغد يدعي عليه حقا آخر فلا يمين له عليه بسبب تلك الخلطة لانقطاعها حتى يقيم بينة على خلطة لم ينقطع أمرها والى نحو هذا ذهب ابن حبيب وقال ان من قبض حقه من مخالطة قديمة ببينة ثم ادّعى حقا غيره لا يعرف له سبب فلا يحلفه بالخلطة الاولى فقول أصبغ وسحنون يقتضي ان معرفة الخلطة بينهما توجب اليمين في دعاويهما دون أن يعرف سبب تلك الدعاوى وان عرف انقطاع الدعاوى وقول ابن المواز وابن حبيب تقتضي أن كل معاملة تجري بينهما يلزم معرفتها ومعرفة التعامل بينهما من وقتها والا لم تلزم اليمين

(الباب الثالث فيما تثبت به الخلطة)

أما ماتثبت به الخلطة فاقرار المدعى عليه بها والبينة تشهد بها قاله ابن المواز وأما من أقام شاهدا واحدا بالخلطة ففي المجموعة عن ابن كنانة ان شهادة رجل واحد وامرأة واحدة توجب اليمين انه خليطة وروى عيسى عن ابن القاسم في المدينة مثل قول ابن كنانة في الشاهد وقال ابن المواز اذا أقام بالخلطة شاهدا واحدا حلف المدعى معه وتثبت الخلطة ثم يحلف حينئذ المدعى عليه واحتج ابن كنانة بقوله انما هو أمر لا يجب به عليه غير اليمين فتثبت بسبب أو بشئ يريد مما تقوى به دعوى المدعى والله أعلم وأحكم ووجه قول ابن المواز انه معنى يثبت فلا يثبت الا بما يثبت به الحقوق ولما اختص بالمال ثبت بما ثبت به المال من الشاهد واليمين (مسئلة) ومن أثبت حقه ببينة فدفعها المطلوب بعداوة فقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك في العتبية هو كمن لم يشهد له وقال سحنون مثله قال أبو بكر بن محمد وقد قيل يحلف وجه القول الاول ان البينة المردودة لما لم تؤثر فيما شهدت به من الحق فبأن لا تؤثر في غير ذلك مما لم يشهد به من الخلطة أولى ووجه القول الثاني ان هذه البينة وان كانت قد ردّت بعد القبول فان حكمها حكم الارث في ايجاب اليمين والشاهد في الدماء

(فصل) وقوله وكان عمر بن عبد العزيز يقضي بين الناس فاذا جاءه الرجل يدعى على الرجل حقا يقتضي ان الدعاوى انما تكون على الحاكم وقد كان عمر بن عبد العزيز أميرا على المدينة ثم كان خليفة و يحتمل انه كان يقضي في الحالتين أو في احداهما فأما الخليفة فلا خلاف في جواز حكمه وقد حكم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي وانما استقضى القضاة حين اتسع الأمر وشغل الخلفاء (مسئلة) وأما أمير غير مؤمر يريد انه غالب مالك للامر فقد قال ابن الماجشون ومطرف وأصبغ في الواضحة هو كالخليفة ينفذ حكمه الا في جور أو خطأ بين يريد فلا يجوز حكمه قال وان كان مؤمرا يريد ولاه غيره يفوض اليه حكومة فلا يجوز حكمه ولا أن يستقضي غيره وان فعل لم ينفذ حتى يفوض اليه نصا فيكون له حينئذ أن يستقضي قاضيا و يجوز حكمه وحكم قاضيه وقال ابن القاسم في المجموعة اذا كان مثل والي الاسكندرية أو والي الفسطاط أمير الصلاة فان قضاءه ماض وقضاء قاضيه الا في جور بين ونحوه روى عن سحنون وزاد فان لم يكن الامير عدلا لم يجز قضاؤه وجه قول ابن الماجشون ان الولاية اذا كانت بغلبة وملكة للامر فهي عامة واذا ولاه غيره فهي مقصورة على ماولاه اياه دون غير ذلك فاذا لم يول على القضاء والاحكام وتقديم الصلاة لم يكن له و وجه قول ابن القاسم ان ولاية الامارة عامة فتشتمل على معنى القضاء وان لم ينص عليه (مسئلة) واذا قضى صاحب السوق في الاموال والارضين وللناس قاض أو مات قاضيهم فقد قال سحنون في كتاب ابنه والمجموعة ان جعل اليه ذلك الامير الذي يولي القضاة كأمير مصر وافريقية والاندلس جاز قضاؤه اذا كان عدلا فقيها وان لم يجعل ذلك اليه لم يجز قضاؤه الا فيما أذن له فيه (مسئلة) ووالي المياه اذا جعل اليه الامير القضاء وكان عدلا وحكم بصواب جاز حكمه وان لم يكن عدلا لم يجز قضاؤه قاله سحنون في كتاب ابنه وكتاب ابن عبدوس و وجه ذلك ان العدالة شرط في صحة الحكم فاذا قدم للقضاء والي المياه أو غيره و وجدنا فيه شروط القضاء من العدالة وغيرها صحت أحكامه وان عدمت لم يصح ذلك منه و بالله التوفيق (مسئلة) ولو حكم رجلان بينهما رجلا فقضى بينهما فقضاؤه جائز قاله مالك في المجموعة قال ابن القاسم وان قضى بما يختلف فيه و يرى القاضي خلافه فحكمه ماض الا في جور بين وقاله سحنون في كتاب ابنه و وجه ذلك انهما قدماه للحكم بينهما بما يراه والتزما ذلك فلا يلزمهما ذلك الا بموافقتهما

عليه وموافقته هو لهما في ذلك (فرع) ومتى يلزمهما ذلك قال ابن القاسم في المجموعة اذا حكماه وأقاما البينة عنده ثم بدا لأحدهما قبل ان يحكم قال أرى أن يقضي بينهما ويجوز حكمه ونحوه في كتاب ابن حبيب لمطرف وأصبغ قال مطرف له النزوع قبل نظر الحاكم بينهما في شيء فأما بعد ان ينشبا في الخصومة عنده ونظره في شيء من أمرهما فلا نزوع لواحد منهما ويلزمهما التمادي قال أصبغ كما ليس له اذا تواضعا الخصومة عند القاضي أن يوكل وكيلا أو يعزل وكيلا له وقال ابن الماجشون ليس لاحدهما أن يبدو له كان ذلك قبل أن يفاتحه صاحبه أو بعدما ناشبه الخصومة وحكمه لازم لهما كحكم السلطان لمن أحب منهما أو كره نظر لصاحبه كما ينظر السلطان في حق الغائب وقال سحنون في المجموعة وكتاب ابنه لكل واحد منهما ان يرجع في ذلك ما لم يمض الحكم فيه فاذا أمضاه بينهما فليس لأحدهما أن يرجع فيه ووجه القول الاول بانه لا يلزم بالتحكيم وهو قول ابن القاسم ومن تابعه انه عنده من باب الوكالة لوجهين أحدهما انه حاكم خاص والولاية عامة والثاني أن حكمه انما يكون باذن من يحكم له أو عليه وهذا معنى الوكالة وأما الولاية فانه لا يعتبر في ذلك تحكيم المتخاصمين وهي عند ابن الماجشون من باب الولاية لاختصاصها بالحكم على المتخاصمين بخلاف ما يرضيان به والوكالة لا تكون بحضرة الموكل الا بما يرضاه وجه قول ابن القاسم انه يلزم بشروعه في النظر بينهما ولا يلزم بالقول ما احتج به أصبغ منه انها كالوكالة لا يصح للموكل أن يعزل وكيله بعدما شرع في الخصومة عند القاضي وله ذلك قبل أن يشرع فيها ووجه قول ابن الماجشون انه يلزم بالتحكيم ورضاه به لأنه يحكم بين آدميين فلزم بالقول كالتحكيم بين الزوجين ووجه قول سحنون ان الخصومة عند القاضي يتعلق بها حق التنفيذ للقاضي لأن ذلك لازم له وهذا الوكيل لا يشرع عند غيره فهو بمنزلة الوكيل على النظر للموكل له أن يعزله متى شاء عما يستقبل من عمله دون القاضي والله أعلم (مسئلة) ولو حكم المتخاصمان رجلين فحكم أحدهما ولم يحكم الآخر فان ذلك لا يجوز له قاله سحنون في كتاب ابنه ولو حكم جماعة فاتفقوا على حكم نفذوه وقضوا به جاز قاله ابن كنانة في المجموعة ووجه ذلك انهما اذا رضيا بحكم رجلين أو رجال فلا يلزمهما حكم بعضهم دون بعض كما لو وكل رجل رجلين يشتريان له ثوبا أو يطلقان امرأته ففعل ذلك أحدهما لم يلزمه واذا اتفقا على ذلك فقد وجد الحكم من جميع من تراضيا بحكمه كما لو كان واحدا فانفرد حكمه على الصواب وهذا كمالة وله في الحكمين بين الزوجين وفي جزاء الصيد انه يجوز من اثنين ولا يجوز أن يولي رجلين القضاء على ان يحكما جميعا في حكومة واحدة يشهد بها الشهود عند كل واحد منهما ولا ينفذانها الا باتفاق منهما ولا أن يتفق قاضيان على ان ينظرا في قضية واحدة لا ينفذ الا بانفاذهما ولا خلاف في ذلك بين المسلمين ويكفي في ذلك ما اتصل به العمل منذ بعث الله محمدا صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا في جميع الاعصار والبلاد لم يعلم انه جرى شيء من ذلك الى أن ظهرت هذه البدعة بأندة من كور الاندلس فتولى التقديم فيها للقضاة رجل مسرف على نفسه مع فرط جهله فقدم ثلاثة لا ينفذ أحدهم فيها قضية الا باتفاق منهم ولقد بلغني ان الشهود كانوا يشهدون عند الاول فيكتب على شهادة الشاهد شهد ثم يشهد ذلك الشاهد عند الثاني فيكتب على شهادته عندنا ثم يشهد عند الثالث فيكتب على شهادته فيحصل بما كتبوه شهد عندنا فأما أحدهم فنزع عن ذلك ولا أراه الا بلغه انكاري للامر وأما الآخران فأصرا وتماديا على ضلالتهما وسوغ لهم حكام الجزيرة وفقهاؤهم ذلك لقلة مراعاتهم لهذا المعنى والفرق بين القاضي المولى للقضاء وبين الرجلين يحكمانهما الخصمان بينهما ان القضاء ولاية كالامارة والامامة

فلا تصح من اثنين ويكفي في ذلك ماقام به الانصار يوم السقيفة وقالوا للمهاجرين منا أمير ومنكم أمير فقال عمر لسيفان في غمد لا يصطلحان أبدا ورجع الناس الى قول أبي بكر وعمر والمهاجرين وأجمعوا عليه ووجه ثان ان امامة الخلافة تشتمل على معنيين على الصلاة والأحكام وهي أصل التقديم فيهما فكما لا يجوز أن يتقدم رجلان يصليان بالناس صلاة واحدة كذلك لا يجوز أن يقدم للناس حاكمان يحكمان جميعا في كل حكم ووجه ثالث وهو ان الامام انما قدم للاحكام من يرضى دينه وأمانته وعلمه ومن يحكم بين الناس بما يؤديه اليه اجتهاده وهذا ينافي مقارنة آخر له لا يجوز حكمه الا بموافقته عليه لان هذه صفة من يخاف عليه الضلال لكثرته منه وتقصيره عن القيام بالحق قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل احداهما فتذكر إحداهما الأخرى ولا خلاف ان حكم الواحد هو المشهور المعلوم الظاهر الذي لا يعرف غيره ولم ينقل عن أحد من الأمة سواه كما أن كل واحد من الشاهدين يقوم مقام شاهد كامل العدالة فاذا تعذر ذلك لكثرة حاجة الناس الى الشهادات وانه لم يول أحد هذا فيعول فيه عليه فالمرأتان لنقصان دينهما يقومان مقام الرجل الواحد ولا يقام رجلان من الشهداء مقام رجل فكذلك لا يصح أن يقام حاكمان مقام حاكم واحد ولو جاز ذلك لجاز تقديم النساء وتوليتهن الحكومة فتقوم امرأتان مقام رجل وهذا باطل باتفاق ومما يجري مجرى هذا ماجرى ببلدنا بجهة الرقة فانهم قدموا للقضاء ابن عمر وكان رجلا أعمى ولا خلاف بين المسلمين في ذلك من المنع والتحريم له وبه قال أبو حنيفة والشافعي وبلغني ذلك عن مالك وقد أنكرت هذا حين وقوعه * وفيما بقي من مسئلة التحكيم بابان * أحدهما في صفة من يجوز تحكيمه * والثاني في تبيين الاحكام التي يجوز التحكيم فيها

(الباب الاول في صفة من يجوز تحكيمه)

فاما صفة من يحكم فأن يكون رجلا حرا مسلما بالغا عاقلا عدلا رشيدا قال سحنون في المجموعة وكتاب ابنه لو حكما مسخوطا أو امرأة أو مكاتبا أو عبدا أو كافرا فحكم بينهما فحكمه باطل قال ابن الماجشون في المجموعة وكذلك المولى عليه وقال في الواضحة وكذلك الصبي والمسخوط والنصراني قال أشهب وكذلك الصبي والمعتوه والموسوس وان أصابوا الحكم لم يجز حكمهم وقاله مطرف في العبد والمرأة وقال أشهب في كتاب ابن سحنون ان حكما بينهما امرأة فحكمها ماض اذا كان مما يختلف الناس فيه وكذلك العبد والحر المسخوط وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان كان العبد والمرأة بصيرين عارفين مأمونين فان تحكيمهما وحكمهما جائز الا في خطأ بين وقاله أصبغ وأشهب قال ابن حبيب وبه أخذ وقد ولى عمر الشفاء وهي أم سليمان بن أبي حثمة سوق المدينة ولا بد لوالي السوق من الحكم بين الناس ولو في صغار الامور وقال أصبغ ان حكما مسخوطا فحكم فأصاب جاز وكذلك المحدود والصبي اذا كان قد عقل وعرف وعلم فرب غلام لم يبلغ له علم بالسنة والقضاء وأصل هذا كله ان من جعله من باب الوكالة لم يراع فيه شيأ من ذلك اذا لم يكن ذاهب العقل ومن جعله من باب الولاية في حكم خاص لم يجز فيه الا من قدمنا وصفه قبل هذا ممن اجتمعت فيه صفات الحكم

(الباب الثاني في تبيين الاحكام التي يجوز التحكيم فيها)

وانما يصح حكمه بين الخصمين بحكمه في الأموال وماجرى مجراها ولا يجوز له أن يقيم حدا ولا يلاعن قاله سحنون وقال أصبغ لا يقضي بينهما في قصاص ولا حد قذف ولا عتق ولا طلاق ولا نسب ولا ولاء لان هذه أشياء لا يقطعها الا الامام قال أصبغ فان حكماه فحكم فيما ذكرنا انه لا يحكم فيه نفذ حكمه وينهاه

السلطان عن العودة ووجه ذلك ان هذه أمور لها قدر فيحتاط لها بان لا يحكم فيها الا من قام بالولاية العامة لان ذلك لا يكون الا بعد معرفة الامام باحواله التى يقتضى ذلك له أو يؤمن فى الأغلب أمره أو من قدمه الامام أو الحاكم لمعنى يختص به فى ضرورة داعية اليه والله أعلم

﴿ القضاء فى شهادة الصبيان ﴾

ص ﴿ قال يحيي قال مالك عن هشام بن عروة أن عبد الله بن الزبير كان يقضى بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن شهادة الصبيان تجوز فيما بينهم من الجراح ولا تجوز على غيرهم وانما تجوز شهادتهم فيما بينهم من الجراح وحدها لا تجوز فى غير ذلك اذا كان ذلك قبل أن يتفرقوا أو يخببوا أو يعلموا فان افترقوا فلا شهادة لهم الا أن يكونوا قد أشهدوا العدول على شهادتهم قبل أن يفترقوا ﴾ ش قوله ان عبد الله بن الزبير كان يقضى بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح وهو قول أهل المدينة وبه قال على بن أبى طالب ومعاوية ومن التابعين سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وعمر بن عبد العزيز ومنع من ذلك أبو حنيفة والثورى والشافعى وروى ذلك عن ابن عباس وقال مالك معناه عندنا فى شهادتهم على الكبار وروى وكيع عن ابن جريج عن أبى مليكة ما رأيت القضاة أخذت الا بقول ابن الزبير والدليل على ما ذهب اليه على ومن تابعه ما احتج به شيوخنا من أن الدماء يجب الاحتياط لها والصبيان فى غالب أحوالهم ينفردون فى ملاعبهم حتى لا يكاد أن يخالطهم غيرهم ويجرى بينهم من اللعب والترامى ما ربما كان سببا للقتل والجراح فلو لم يقبل بينهم الا الكبار وأهل العدل لأدى ذلك الى هدر دمائهم وجراحهم فقبلت شهادتهم بينهم على الوجه الذى يقع على الصحة فى غالب الحال وسنبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى (فرع) اذا ثبت ذلك ففى ذلك ثلاثة أبواب * الباب الأول فى ذكر من تجوز شهادته منهم * والباب الثانى فى تبيين الحالة التى تجوز عليها شهادتهم * والباب الثالث فى حكم من تجوز شهادتهم

(الباب الأول فى ذكر من تجوز شهادته منهم)

اتفق أصحاب مالك على أنها تجوز شهادتهم فيما دون القتل من الجراح واتفقوا على أنها لا تجوز فى الحقوق قال سحنون انما أجزتها فى الجراح ولم أجزها فى الحقوق للضرورة لان الحقوق يحضرها الكبار ولا يحضرون فى جراح الصغار فى الأغلب ولو حضرها كبير لم تجز شهادتهم قيل له فيلزمك على هذا الغصب أن يغصب بعضهم بعضا ثوبا قال غيره قد يقبل فى الدماء ما لا يقبل فى الأموال احتياطا للدماء (مسئلة) واختلف أصحابنا فى جوازها فى القتل فروى ابن القاسم عن مالك فى كتاب ابن سحنون انها تجوز بينهم فى القتل ومنع من ذلك أشهب وجه قول مالك ان شهادتهم انما أجيزت للاحتياط للدماء ولذلك لم تجز فى الحقوق والاحتياط للنفوس أعظم من الاحتياط للجراح فاذا لم تتكرر لكثرة لعبهم وترامبهم بالحجارة وغيرها فانما جوز للضرورة فيما يكثر بينهم مما انفردوا به دون ما يقل ويندر ولذلك لم يجز فى الحقوق والغصب فانه يقل بينهم ويندر حال انفرادهم (فرع) فاذا جوزت فى القتل فقد قال غير واحد من أصحاب مالك لا يجوز فيه حتى يشهد العدول على رؤية البدن مقتولا وجه ذلك أنها شهادة أجيزت للضرورة فلا تثبت الا بثبوت أصلها وما يتعلق فيه شهادة العدول كشهادة النساء على الاستهلال والقتل (مسئلة) ومن ذا الذى تجوز شهادته من الصبيان روى عن مالك أنها تجوز شهادة الذكور دون الاناث وقال أشهب لا تجوز شهادة الاناث

﴿ القضاء فى شهادة الصبيان ﴾

* قال يحيي قال مالك عن هشام بن عروة أن عبد الله بن الزبير كان يقضى بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان شهادة الصبيان تجوز فيما بينهم من الجراح ولا تجوز على غيرهم وانما تجوز شهادتهم فيما بينهم من الجراح وحدها لا تجوز فى غير ذلك اذا كان ذلك قبل أن يتفرقوا أو يخببوا أو يعلموا فان افترقوا فلا شهادة لهم الا أن يكونوا قد أشهدوا العدول على شهادتهم قبل أن يفترقوا

وقال سحنون فى المجموعة اختلف قول ابن القاسم فى شهادة اناثهم فى الجراح فلم يجزها فى كتاب الشهادات وأجازها فى كتاب الديات وقال المغيرة فى كتاب ابن سحنون تجوز شهادة اناثهم وذكورهم فى القتل وقال ابن الماجشون تجوز شهادة اناثهم قال سحنون والذى آخذ به فى ذلك انه تجوز شهادتهم صغارا حيث تجوز كبارا وجه رواية المنع ان الضرورة انما تدعو الى ما يكثر ويتكرر دون ما يقل ويندر وحضور الاناث مع الذكور منهم يقل لاسيا فى المواضع التى يقل منهم مثل هذا فلذلك لم تدع الضرورة الى قبول شهادتهن ووجه الاجازة أن الصغار تجوز شهادتهم فيما انفردوا بحضوره كالذكور (فرع) فاذا قلنا تقبل شهادة الاناث فقد روى معن بن عيسى عن مالك انه يقبل منهم غلام وجاريتان ورواه مطرف عن مالك وقال ابن الماجشون أقل ما يجزى من شهادة الصبيان غلامان أو غلام وجاريتان ولا يجوز غلام وجارية ولا جوار وان كثرن لانهن وان كثرن مقام اثنتين واثنتان مقام غلام ولا يحكم بشهادة الغلام قال ابن القاسم ولا يكون معه قسامة وقال المغيرة ولا يحلف معه فى الجراح لانه لو شهد معه كبير عدل سقطت شهادته فيمين الولى معه كشاهد معه (مسئلة) قال مالك ولا تجوز شهادة العبد منهم زاد ابن الماجشون ولا شهادة من على غير الاسلام ووجه ذلك ان من لا تجوز شهادة كبارهم لا تجوز شهادة صغارهم كالمجانين والمخبولين وان شهدا حرارهم لعبيدهم جاز قاله أشهب فى المجموعة (مسئلة) ولا ينظر فى الصبيان الى عدالة ولا عداوة قاله ابن المواز وابن الماجشون قال محمد ولم يختلف فى أنه لا ينظر الى عدالة ولا جرحة فيهم قال سحنون لان عداوتهم لا عود لها ولا نفع فى موضع العداوة يريد والله أعلم أنه لا يثبت وليس لهم من الحال ما يقصدون به الى أذى من يعاديهم بمثل هذا قال ابن القاسم فى كتاب ابن المواز اذا ثبتت العداوة لم يجز ووجه ذلك أن هذه شهادة فأثر فى ابطالها العداوة كشهادة الكبار (مسئلة) وهل يجوز لذوى القرابة قال ابن المواز لا ينظر فى شهادتهم الى جرحة ولا قرابة وقال عبد الملك تسقط فى القرابة وقال فى المجموعة يجرى مجرى الكبير فى الأبوين والجدود والزوجة فترد فى هذا لانه يجر الى نفسه وقاله سحنون وجه قول ابن المواز انه لم يعتبر بعداوته ولا عدالته فيجب أن لا يعتبر بقرابته لان العداوة تمنع الشهادة بكل وجه والقرابة لا تمنعها الا على صفة مخصوصة فكانت العداوة أبلغ فى رد الشهادة من القرابة فاذا لم تمنع العداوة شهادة الصبيان فبأن لا يمنع منها القرابة أولى وأحرى ووجه قول عبد الملك اعتبارها بشهادة الكبار

(الباب الثانى فى تبيين الحالة التى تجوز عليها شهادتهم)

هى أن لا يكون بينهم كبير وتقيد شهادتهم قبل أن يتفرقوا فأما الكبير يكون معهم فان ذلك يمنع قبول شهادتهم وانما تجوز شهادتهم اذا انفردوا وهو قول مالك وأصحابه وجه ذلك ان شهادتهم انما أجيزت بينهم للضرورة والضرورة انما تكون اذا انفردوا فاذا كان معهم كبير فقد زالت الضرورة وصاروا على حالة يمكن اثبات أحكامهم معها فلم تقبل شهادتهم وقد قال أصبغ فى العتبية لو شهد صبيان أن صبيا قتل صبيا مباغتة وشهد رجلان انه لم يقتله وانهما حاضران حتى سقط الصبى فمات دون أن يضربه أحد أو يقتله فشهادة الصبيان تامة ولا ينظر الى قول الكبيرين كما لو شهد رجلان انه قتله وشهد آخران انه لم يقتله ولا ينظر الى الاعدل قال ابن سحنون أنكر سحنون قول أصبغ هذا وقال قول أصحابنا ان شهادة الكبير بن أحق وانها كالجرحة للصغار وغير هذا خطأ غير مشكل (مسئلة) وسواء كان الكبار رجالا أو نساء لان النساء يجزن فى الخطأ وعمد الصبى كالخطأ قاله كله

سحنون وقال ابن المواز اذا كان معهم كبير رجل أو امرأة شاهداً أو مشهود له أو عليه لم تجز شهادة الصغار الا كبير مقتول لم يبق حتى يعلمهم يريد والله أعلم أن يكون قتله بعصا لا يبقى له بعد سببه حياة يعلمهم ويلقنهم الشهادة مثل أن يلقيه أحد الصبيان من علو عظيم لا يصح أن يعيش من سقط منه أو يلقيه من علو في بحر فيغرق أو يضربه بسيف ضربة يبين بها رأسه أو ما جرى مجرى ذلك (مسئلة) وهل تراعى العدالة في الكبير الذي يكون معهم قال مالك اذا شهد صبيان مع كبير لم تجز شهادتهم قال مطرف اذا كان الكبير عدلا فاما اذا كان مسخوطا أو نصرانيا أو عبداً لم تضر شهادة الصبيان وقاله ابن الماجشون وأصبغ وروى ابن سحنون عن أبيه ان كان معهم كبير غير عدل وكان ظاهر السفه والجرحة جازت شهادة الصبيان ثم وقف على اجازتها وجه القول الاول انه اذا كان الذي حضر لا تقبل شهادته فبان لا تؤثر في رد شهادة غيره أولى وجه قول سحنون الآخر في توقفه عن ذلك انه قد صلحت حالهم بحضور الفاسق معهم عن حال الضرورة والحال المتكررة الى حال ينذر ويقل من جريان مثل هذا بينهم لان مثل هذا مختص بموضع يحضره الكبار والله أعلم ولذلك لو شهد الكبير بمثل ما شهد به الصبيان بطلت شهادة الصبيان وقد روى ابن سحنون عن مالك لا يقبل صبي أو صبيان ورجل على صبي ويكلف شهادة رجل آخر ورواه ابن المواز عن أشهب عن مالك فثبت ان الذي يؤثر في منع قبول شهادتهم حضور الكبير دون اعتبار حاله والله أعلم

(فصل) وأما افتراقهم ففي المجموعة من قول مالك انه انما تجوز شهادتهم ما لم يفترقوا أو يخببوا فلا تجوز وجه ذلك انها انما أجيزت شهادتهم للضرورة التي قدمنا ذكرها من أنهم ينفردون باللعب بما تكثر به الجراح وربما أدت الى القتل والشرع قد ورد بحفظ الدماء والاحتياط لها بان تثبت بما لا يثبت بها غيرها ومما يوجب القسامة ومثل ذلك لا يجوز في المال وليس لهم من الضبط والثبات ما يمنعهم من الانتقال من قول الى قول ومن رأي الى رأي ولا علمت لهم عدالة يؤمن من ذلك فانما يحكم باول قولهم وما ضبط منه قبل تفرقهم وأما تفرقهم ما لم تقيد شهادتهم قبل التفرق فتبطل شهادتهم فان أشهد على شهادتهم قبل تفرقهم لم يؤثر في شهادتهم تفرقهم وهذا كله معنى قول مالك (مسئلة) ومعنى قوله أن يخببوا أن يدخل بينهم كبير أو كبار على وجه يمكنهم أن يلقنوهم الشهادة ويصرفوهم عن وجهها أو يزينوا لهم الزيادة فيها أو النقصان منها فاذا كان ذلك لم تقبل شهادتهم وبطلت وانما يقبل على الوجه الذي قدمناه (مسئلة) فان اختلفوا في الشهادة فقال اثنان منهم فلان شج فلانا وقال آخران منهم بل شجه فلان ففي النوادر عن مالك انه قال في كتب قدم ذكرها الا كتاب ابن حبيب تبطل شهادتهم ووجه ذلك أن شهادتهم انما تقبل ما لم يكن فيها تهاتر ولو اختلفت اختلافا يقتضي في الكبار الاخذ بشهادة أحدهما لم تبطل بذلك شهادة الصبيان وقد قال ابن الماجشون في المجموعة والعتبية لو شهد صبيان ان صبيا قتل صبيا وشهد آخران انه لم يقتله وانما أصابته دابة قضى بشهادة الذين شهدوا بالقتل ووجه ذلك انهم لو كانوا كبارا عدولا لحكم بشهادة شاهدي القتل فكذلك هذا (مسئلة) وأما رجوعهم عن الشهادة فقد قال ابن وهب عن مالك لا يبالي برجوعهم اذا أشهد على شهادتهم قبل أن يتفرقوا وقال سحنون وهو معنى قول ابن المواز الا أن يرجعوا قبل الحكم وبعد ان صاروا رجالا فيكون ذلك مبطلا لشهادتهم بمنزلة ما لو شهد رجلان ان ما شهد به الصبيان باطل قاله ابن الماجشون في المجموعة

(الباب الثالث فى حكم من تجوز شهادتهم)

فانهم ان شهدوا بقتل صبي لصبي ففى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم تلزم العاقلة الدية بلا قسامة وقاله أصبغ قال سحنون وعمد الصبي كالخطأ ووجه ذلك انها شهادة كاملة فاستغنت عن القسامة ووجبت الدية على العاقلة لانه بمنزلة قتل الخطأ والله أعلم (مسئلة) وروى ابن وهب عن مالك فى ستة صبيان لعبوا فى البحر فغرق واحد منهم فشهد ثلاثة على اثنين انهما غرقاه وشهد الاثنان على الثلاثة انهم غرقوه قال القتل على الخمسة لان شهادتهم مختلفة قال ابن المواز هذا غلط لاختلافهم ولا يجوز وكذلك قال ابن حبيب عن مطرف قال ولو كانوا كبارا فاختلفوا هكذا كانت الدية عليهم فى أموالهم لانه صارت شهادتهم اقرارا وقول مالك الاول يقتضى ان اختلاف شهادتهم لا يمنع قبولها لا سيما اذا لم يكن يقتضى التهاتر وابطال بعضها والله أعلم وأحكم

﴿ ماجاء فى الحنث على منبر النبى صلى الله عليه وسلم ﴾

ص ﴿ مالك عن هشام بن هشام بن عتبة بن أبى وقاص عن عبد الله بن نسطاس عن جابر بن عبد الله الأنصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على منبرى آثما تبوأ مقعده من النار * مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن معبد بن كعب السلمى عن أخيه عبد الله بن كعب بن مالك الأنصارى عن أبى أمامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار قالوا وان كان شيأ يسيرا يارسول الله قال وان كان قضيبا من أراك وان كان قضيبا من أراك وان كان قضيبا من أراك قالها ثلاث مرات ﴾ ش قوله من حلف على منبرى انما يريد والله أعلم حانثا على وجه يأثم به تبوأ مقعده من النار يريد والله أعلم قعد مقعده من النار وانما ذكر منبره فى هذا الحديث على سبيل التعظيم له والاعلام بتغليظ أمره على من حلف عليه آثما وقد ذكر فى الحديث الثانى حديث أبى أمامة الحارثى انه من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار ولم يذكر منبره وكذلك حديث أبى وائل عن ابن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين صبر يقتطع بها مال امرئ مسلم لقى الله تعالى وهو عليه غضبان فأنزل الله تصديق ذلك ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا الآية فعلم بذلك ان ذكر المنبر فى الحديث الأول على معنى التغليظ والله أعلم

(فصل) قوله وان كان قضيبا من أراك على انه لا يلزم اليمين على المنبر فى قضيب من أراك لقلته وتفاهته وانما يجب ذلك فيماله بال لكنه ان وقع من أحد اليمين على منبر النبى صلى الله عليه وسلم فى قضيب من أراك أوشئ تافه فهذا حكمه وليس فى الحديث انه يجبر على اليمين عند المنبر فى هذا المقدار وانما تضمن الحديث حكم من حلف عنده آثما وهذا القول منه صلى الله عليه وسلم وان كان على البت فمن حلف على منبره أوحلف فاقتطع بيمينه حق امرئ مسلم فأوجب له النار فان لشيوخنا فى ذلك قولين أحدهما ان الوعيد ليس من باب الخبر فلا يقال لمن رجع عنه كاذب ولذلك قال الشاعر

وانى وان أوعدته أو وعدته * لمخلف ايعادى ومنجز موعدى

يمدح نفسه باخلاف الوعيد ولو كان ذلك كذبا لما مدح نفسه بها فعلى هذا الوعيد متوجه الى كل عاص وقيل ان الوعيد من باب الخبر وان الخلف فيه ضرب من الكذب وذلك محال فى صفة البارى تعالى فعلى هذا الوعيد متوجه الى كل من علم البارى تعالى انه لا يغفر له وانه لا بد أن يعاقبه

﴿ ماجاء فى الحنث على منبر النبى صلى الله عليه وسلم ﴾

قال يحيى حدثنا مالك عن هشام بن هشام بن عتبة بن أبى وقاص عن عبد الله ابن نسطاس عن جابر بن عبد الله الانصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على منبرى آثما تبوأ مقعده من النار * وحدثنى مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن معبد بن كعب السلمى عن أخيه عبد الله بن كعب ابن مالك الانصارى عن أبى أمامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار قالوا وان كان شيأ يسيرا يارسول الله قال وان كان قضيبا من أراك وان كان قضيبا من أراك وان كان قضيبا من أراك قالها ثلاث مرات

دون من أراد العفو عنه وقد قال تعالى ذلك وعد غير مكذوب وقال عز من قائل فى اسماعيل انه كان صادق الوعد فوصف الوعد بالصدق والكذب

﴿ جامع ما جاء فى اليمين على المنبر ﴾

ص ﴿ مالك عن داود بن الحصين أنه سمع أبا غطفان بن طريف المرى يقول اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع فى دار كانت بينهما الى مروان بن الحكم وهو أمير على المدينة فقضى مروان على زيد بن ثابت باليمين على المنبر فقال زيد بن ثابت احلف له مكانى قال فقال مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق قال فجعل زيد بن ثابت يحلف ان حقه لحق ويأبى أن يحلف على المنبر قال فجعل مروان بن الحكم يعجب من ذلك * قال مالك لا أرى أن يحلف أحد على المنبر على أقل من ربع دينار وذلك ثلاثة دراهم ﴾ ش قضاء مروان على زيد بن ثابت باليمين على المنبر هو مذهب أهل المدينة ولم يكن زيد يقول انه لا يلزمه ذلك وانما كان يمتنع منه اعظاما له وقد روى عن عبد الله بن عمر انه كان يكره ذلك وان كان صادقا ويقول أخشى أن يوافق قدرا فيقال ان ذلك ليمينه (مسئلة) واذا ثبت ذلك فاليمين تغلظ بالمكان فى الأموال وغيرها من الحقوق قال فى المدونة على الطالب والمطلوب وبه قال الشافعى ومنع من ذلك أبو حنيفة والدليل على مانقوله قول النبى صلى الله عليه وسلم من حلف على منبرى آثما تبوأ مقعده من النار وهذا يقتضى ان له تأثيرا فى الأيمان وتعلقا بها ولا يفعل ذلك أحد فى الغالب مختارا فثبت انه انما توجه الى الحكم به والابطات فائدة التخصيص ومن جهة المعنى ان التغليظ يتعلق بالكثير من الأموال للردع عنها كالقطع فى السرقة (مسئلة) وهل تغلظ بالزمان أم لا روى ابن كنانة عن مالك فى كتاب ابن سحنون يتحرى بأيمانهم فى المال العظيم وفى الدماء واللعان الساعات التى يحضر الناس فيها المساجد ويجتمعون للصلاة وماسوى ذلك من مال وحق ففى كل حين وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا يحلف حين الصلوات الا فى الدماء واللعان فأما فى الحقوق ففى أى وقت حضر الامام استحلفه قاله ابن القاسم وأصبغ وجه القول الأول قوله تعالى تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لا نشترى به ثمنا وهذه يمين فى مال فجاز أن يغلظ بالزمان كاللعان والقسامة (مسئلة) هل تغلظ الايمان بتكرر الصفات روى ابن كنانة عن مالك فى كتاب ابن سحنون يحلفون فيما يبلغ من الحقوق ربع دينار وفى القسامة واللعان على المنبر بالله الذى لا إله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ما كانت فيه يمين واحدة حلف هكذا وما رددت رددت هكذا وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أن الأيمان فى الحقوق والدماء واللعان وفى كل مافيه اليمين على المسلمين بالله الذى لا إله الا هو زاد ابن المواز والحر والعبد سواء وهذا هو المشهور من مذهب مالك وبه قال ابن القاسم ورواه عن مالك فى المدونة وجه القول الاول وهو مذهب الشافعى ان هذا معنى تغلظ به الايمان فجاز أن يحكم بها أهل ذلك الزمان والمكان وجه القول الثانى ان هذه الصفات كثيرة لا يمكن أن تستوعب وليس ما نورد منها بأولى من غيرها وما يغلظ به من غيرها فله غاية لا تلحق المشقة ببلوغها ومن جهة القياس ان هذا معنى يقتضى التكرار فلم تغلظ به الايمان فى الاموال كتكرار اليمين (مسئلة) واتفق أصحابنا على ان الذى يجزىء من التغليظ باليمين والله الذى لا إله الا هو فان قال والذى لا إله الا هو أو قال والله فقط فقد قال أشهب لا يجوز ذلك حتى يقول والله الذى لا إله الا هو (مسئلة) ويمين الحر والعبد

﴿ جامع ما جاء فى اليمين على المنبر ﴾
* قال يحيى قال مالك عن داود بن الحصين انه سمع أبا غطفان بن طريف المرى يقول اختصم زيد ابن ثابت وابن مطيع فى دار كانت بينهما الى مروان ابن الحكم وهو أمير على المدينة فقضى مروان على زيد بن ثابت باليمين على المنبر فقال زيد بن ثابت احلف له مكانى قال فقال مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق قال فجعل زيد بن ثابت يحلف ان حقه لحق ويأبى أن يحلف على المنبر قال فجعل مروان بن الحكم يعجب من ذلك قال مالك لا أرى أن يحلف أحد على المنبر على أقل من ربع دينار وذلك ثلاثة دراهم

والنصرانى فى الحقوق سواء وفى المدونة ويحلف النصرانى بالله فقط ولا يزاد عليه الذى أنزل الانجيل على عيسى واليهودى والنصرانى عند مالك سواء قال ابن القاسم والمجوس يحلفون بالله

(فصل) وأما التغليظ بالمكان فهو بالجامع وهو المسجد الاعظم الذى تقام فيه الجمعة قاله مالك فى المدونة وغيرها وهل يكون تغليظها بسائر المساجد فى النوادر لا يحلف فى مساجد القبائل فى قليل ولا كثير وروى ابن سحنون عن مالك ما علمت انه يحلف فى مساجد الجماعات كالامصار روى عنه ابن القاسم فى كتاب ابن المواز يحلف فى مساجد الجماعة فيما له بال ولا أشك انه يحلف فيها فى ربع دينار * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه فيحتمل عندى أن يريد المسجد الجامع فقد روى عنه ابن وهب ان المرأة تحلف فى المسجد قال يريد المسجد الجامع تخرج اليه بالليل ويحتمل أن يريد غيره من المساجد فقد روى ابن سحنون عن أبيه فى امرأتين ادعى عليهما فى أرض ودور وهما ممن لا تخرجان فارى أن تخرجا من الليل الى الجامع قال فسئل ان يحلفهما فى أقرب المساجد اليهما وشق عليهما الخروج الى الجامع فأجاب الى ذلك فهذه المسئلة نص فى ان اليمين كانت فى غير الجامع والظاهر ان سحنونا والذى أسعف سؤال السائل فى ذلك لما يراه من المصلحة وهذا يقتضى انه حق للحكم فى مثل هذه المسئلة وجه ذلك انه معظم من المساجد فجاز ان تغلظ به الايمان مع ارادة الستر لمن ثبت ذلك فى حقه كالجامع ووجه الرواية الاولى ان التغليظ انما هو على معنى المبالغة وذلك يقتضى اختصاصه بأعظم المساجد حالا ولذلك يختص بأرفع المساجد مكانا والله أعلم قال الشيخ أبو القاسم لا يحلف عند منبر النبى صلى الله عليه وسلم فى أقل من ربع دينار ويحلف على أقل من ذلك فى سائر المساجد (مسئلة) اذا قلنا ان اليمين تكون فى المسجد الاعظم فانها تكون فى مسجد النبى صلى الله عليه وسلم عند المنبر * قال مالك ولا أعرف المنبر فى سائر الآفاق وانما أعرف منبر النبى صلى الله عليه وسلم ولكن للمساجد مواضع هى أعظم زاد ابن سحنون عن مالك ولكن يحلف حيث يعظم فيه فيحتمل من جهة اللفظ ان يريد بقوله لا أعرف المنبر فى المساجد المنع من اتخاذ المنبر فى مساجد الآفاق وقد أجمع المسلمون من عهد الصحابة على اتخاذها فى كل بلد وهو من أعلم الناس بها فمحال أن يريد هذا والصحيح انه أراد بذلك انه لا يعرف ان حكم سائر المنابر فى البلاد حكمها فى ذلك حكم منبر النبى صلى الله عليه وسلم وانما هذا حكم يختص بمنبر النبى صلى الله عليه وسلم وقد روى ابن وهب عن مالك لا يحلف عند منبر من المنابر الا عند منبر النبى صلى الله عليه وسلم وقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون يستحلفون فيما له بال أو فى ربع دينار فى المدونة عند منبر النبى صلى الله عليه وسلم وبغيرها فى مسجدهم الأعظم حيث يعظمون منه عند منبرهم أو تلقاء قبلتهم ووجه ذلك عندى والله أعلم ان منبر النبى صلى الله عليه وسلم فى وسط المسجد وهو فى موضعه الذى كان فيه زمن النبى صلى الله عليه وسلم وهو بعيد من القبلة والمحراب الذى أحدث حين زيد فى المسجد لأن حائط القبلة نقل من قرب المنبر حين زيد فى المسجد فصار المنبر فى وسط المسجد فكانت اليمين عند المنبر أولى لأنه موضع مصلى النبى صلى الله عليه وسلم وعند منبره وأما القبلة والمحراب فشئ بنى بعده وأما منابر سائر المساجد فعند المحراب فمن حلف فانما يحلف عند المحراب بقرب المنبر وأعظم شئ فى المساجد المحاريب ولو اتفق أن يكون فى بعض البلاد المنبر فى وسط المسجد لكانت اليمين عند المحراب دون المنبر فهذا معنى قول مالك والله أعلم ومعنى قول الشيخ أبى القاسم لا يحلف عند منبر من المنابر الا عند منبر النبى صلى الله عليه وسلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فهذا حكم الرجال

والنساء فمن كانت من النساء تخرج وتتصرف فحكمها في ذلك حكم الرجال ومن كانت منهن لا تخرج نهارا خرجت ليلا قاله ابن القاسم عن مالك قال ابن القاسم وأم الولد في ذلك بمنزلة الحرة من كانت منهن تخرج ومن كانت لا تخرج قال والحر والعبد سواء وكذلك المكاتب والمدبر سواء وأما اليهود فيحلفون في كنائسهم والنصارى في بيعهم والمجوس حيث يعظمون رواه ابن القاسم عن مالك وقاله مطرف وابن الماجشون في الواضحة ووجه ما قدمناه من التغليظ بالمكان فيغلظ على حكم أهل كل شريعة بالمواضع التي يعظمون

(فصل) والمقدار الذي يلزم فيه اليمين في الجامع وفي المواضع التي تعظم منه في حق الرجال ومن كان حكمها حكمهم من النساء * قال مالك لا يستحلف في المدينة عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم الا في ربع دينار أو في ثلاثة دراهم وهو كان ربع دينار وقال الشافعي لا تغلظ الأيمان الا في مائتي درهم أو عشرين دينارا ودليلنا على ذلك ان ربع دينار قد يتعلق به القطع في السرقة كالعشرين دينارا (مسئلة) ولا تغلظ الايمان بما ذكرناه في أقل من ربع دينار وحكى القاضي أبو محمد ان بعض المتأخرين قال ان الأيمان لا تكون الا عند المنبر في القليل والكثير والدليل على ما نقوله ان هذا نوع من الردع عن المال فلم يتعلق بالقليل منه كالقطع في السرقة ووجه ثان وهو ان هذا ابتذال للموضع مع ما يلزم من تعظيمه وتوقيره وروي عن عبد الرحمن بن عوف انه رأى رجلا يحلف عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال أعلى دم قالوا لا قال أفعلى عظيم من المال لقد خشيت أن يتهاون الناس بهذا المكان ولم ينكر ذلك عليه أحد وقد احتج بها القاضي أبو محمد (مسئلة) وأما من لا تخرج من النساء نهارا أو تخرج ليلا فتحلف في الجامع ففي كم تخرج قال مطرف وابن الماجشون تخرج في ربع دينار وروى ابن المواز عن أبي القاسم لا تخرج فيه ولا تخرج الا في المال الكثير الذي له بال وجه القول الاول ان هذا شخص تغلظ عليه اليمين في المال فغلظت في ربع دينار كالرجل ووجه القول الثاني ان المرأة التي لها القدر يلزمها من التصاون ما لا يلزم الرجال فلا تبتذل بالايمان في الجوامع الا في القدر الكثير الذي يحتاج ردع مثلها عن مثله (مسئلة) ومن باع ثوبا فوجد به المبتاع عيبا فادعى البائع انه أعلمه به وتبرأ اليه منه قال ابن المواز عن أصبغ ان كان نقصان العيب ربع دينار فأكثر لم يحلف الا في الجامع ووجهه ان المراعى في ذلك ما ندعيا فيه وهو قدر العيب وفيه تجب اليمين (مسئلة) ولو ادعى رجل على رجلين أو رجال ربع دينار فقد روى في العتبية ابن القاسم عن مالك لا يستحلفون الا في الجامع قيل له أيستحلفون عند المصحف فقال بل يستحلفون عند المسجد ووجه المنع من استحلافهم ان كل واحد منهم انما يستحلف في أقل من ربع دينار ولو نكل عن اليمين لم يجب عليه الا قدر حصته منه وقوله بل يحلف في المسجد منع من أن يقصد الى التغليظ عليهم بجامع أو عند المصحف وقال بل يحلفون في المسجد ولعله أراد ان الحاكم الذي يقضي بذلك في الأغلب يكون في المسجد على أصله ومذهبه فيحلف في موضعه ولا يقام منه الى موضع تغلظ عليه فيه اليمين وفي كتاب ابن المواز لا يحلفون في الجامع ولا عند المنبر الا في ربع دينار ولعله يريد لا يحلفون اليه على سبيل التغليظ والله أعلم (مسئلة) وأما من وجبت عليه يمين في طلاق أو عتاق أو نكاح أو غير ذلك مما ليس بمال ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم في عبد حنث في يمين بطلاق فقال حلفت بواحدة وسيد الزوجة شهد عليه بالبينة فقال ابن القاسم يحلف عند المنبر ما حلف الا بطلقة ووجه ذلك ان صداق الزوجة لا يكون أقل من ربع دينار فلا يحلف في عوضه الا عند المنبر لانه لا يصلح أن

يكون قيمته أقل من ذلك (مسئلة) وأما صفة الحالف حال يمينه فروى ابن القاسم عن مالك يحلف الرجل قائما الا من به علة ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فى الرجال والنساء فيما ادّعى عليهم لو اقتطعوه بأيمانهم فى ربع دينار ومالم يبلغه فانما يحلفون جلوسا ان شاؤا وروى ابن كنانة عن مالك يحلف جالسا ولا يحلف قائما وجه الرواية الاولى انه ما شرع فيه التغليظ عليه والزامه القيام من معنى التغليظ فيجب أن يلزمه (مسئلة) ويحلف الرجال والنساء مستقبلى القبلة فيما له بال رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون قال ابن القاسم ما سمعت أنه يستقبل بالحالف القبلة وجه القول الاول انه تغليظ عليهم لما يلزم من تعظيم الجهة فغلظ باستقبالها كما غلظ عليه باليمين عند الموضع الموجه لها المعظم منها ووجه القول الثانى ان هذه حالة لا يلزمه فيها الطهارة فلا يلزمه استقبال القبلة كسائر الحقوق

(فصل) وقوله احلف مكانى يحتمل أن يريد به ان ذلك هو الحق عنده ويحتمل أن يرغب فى أن يقنع بذلك منه ان كل ذلك من حقوق الحاكم على ما تقدم من مذهب سحنون أو من حقوق الطالب باليمين وقول مروان وهو الحاكم فى قضية لا والله الا عند مقاطع الحقوق ولم ينكر عليه زيد ولا غيره يقتضى ان للحقوق مقاطع معينة وانه لا يقنع منه ان كان الحق له باليمين فيها أولا يفتى عليه ان كان حقا للطالب الا بذلك وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ممن وجبت عليه اليمين عند المنبر وما أشبهه من المواضع فقال أنا أحلف مكانى فهو كنكوله عن اليمين ان لم يحلف فى مقاطع الحقوق وغرم ان ادّعى عليه أو بطل حقه ان كان مدعيا وبذلك قضى مروان على زيد بن ثابت

(فصل) وقوله يحلف ان حقه لحق ويأبى أن يحلف عند المنبر يريد تحقيق ما قاله من دعوى أو انكار وانه لا يمنعه من اليمين عند المنبر ما يعتقدون ابطال ما يقول ويخاصم به ولكن لتعظيم حرمة منبر النبى صلى الله عليه وسلم ولم تكن تلك اليمين ما يستحق بها حقا ولا يدفع بها غرما لان مستحق اليمين لم يقبضها منه هنالك وفى كتاب ابن سحنون عن مالك من قضى عليه باليمين عند المنبر فأبى أن يحلف وحلف فى مقامه انه يقضى عليه وكذلك عندى لو حلف عند المنبر دون أن يقتضيه صاحب اليمين لم يبر بها حتى يحلف وصاحب الحق مقتضيا لليمينه ولو اقتضاه يمينه فى صحن الجامع ورضى بها أو فى منزله أو فى غيره أجزأته يمينه ولم يكن لصاحب اليمين عليه يمين بعد ذلك قاله محمد بن عبد الحكم ووجه ذلك أنه اذا اقتضى منه ما رضى به فليس له الرجوع بعد رضاه واستيفائه له

(فصل) واختصام زيد بن ثابت وابن مطيع فى دار كانت بينهما الى مروان لا ندرى من الطالب من المطلوب ولا هل كانت للطالب بينة أو كيف كان حكمها غير انه ان وجه الطالب المطلوب على ما يدعيه عليه ففى المجموعة عن عبد الملك اذا لم يبين المدّعى دعواه ما هو وكم هو لم يسئل المدعى عليه عنه كما لو قال أنا أطلب منك هذه الدار فبين من أين هى لك فلا يسئل المطلوب عن ذلك * قال القاضى أبو الوليد ومعنى ذلك عندى حتى يقول ان هذه الدار لى فهل صارت اليك من جهتى أو من جهة أحد بسببى فيلزم المطلوب الجواب انها لم تصر اليه من جهته ولا من جهة أحد بسببه (مسئلة) فان حقق المدعى دعواه وبينه لزم المطلوب جوابه باقرار أو انكار وقد روى فى العتبية والمجموعة عن أشهب ان ابن كنانة سأل مالكا عمن فى يده دار فيدعى رجل انها لجده فقال المطلوب لا أقر ولا أنكر ولكن أقم البينة على دعواك قال مالك يجبر المدعى عليه حتى يقر أو ينكر وروى ابن المواز عن ابن الماجشون مثل ذلك قال محمد وذلك صواب (مسئلة) ومن ادعى رجل عليه بستين دينارا فأقر بخمسين وتأبى

فى العشرة أن يقر أو ينكر فانه يجبر بالحبس حتى يقر بها أو ينكر اذا طلب ذلك المدعى كما قال مالك وابن الماجشون. وقال أستحسن اذا تمادى على شك فأنا أحلفه انه ماوقف عن الاقرار أو الانكار الا انه على غير يقين فاذا حلف على هذا أورد العشرة ويحبس بها فالحكم بلا يمين على المدعى ان كل ما ادعى عليه لا يدفع مع الدعوى فانه يحكم عليه بغير يمين قال ابن المواز وكذلك المدعى عليه دور فى يده لا يقر ولا ينكر فأنا أجبره على ذلك فتمادى حكمت عليه للمدعى بلا يمين وهو معنى مسئلة مالك عندى فى الذى يصر على الامتناع من الاقرار والانكار ولا يدعى شكا ومسئلة ابن المواز فى العشرة دنانير فى الذى يقول لا أعلم ويدعى الشك وكان الصواب عنده أن لا يحلف فانه لا معنى ليمينه فان الحكم المتوجه الى الناكل لا يفتقر الى يمين فى النكول لانه اذا نكل عن هذه اليمين التى ألزمه اياها لم يجد سبيلا الا الى الحكم عليه بما ادّعى عليه والله أعلم ويقتضى قول مالك وابن الماجشون انه ان تمادى عليه كرره بالسجن وغيره وقال ابن سحنون عن أبيه فان تمادى أدّب حتى يقر أو ينكر ولا يقبل منه غيره ويقتضى قول ابن المواز أنه اذا أصر وقد أعذر اليه بالجبر أن يحكم عليه ويغرم ما ادعى عليه لانه نكول لا يوجب رد اليمين على حصته فأوجب الحكم عليه كنكول المدعى عليه ترد عليه اليمين (مسئلة) فان قال المطلوب قد تقدمت بينى وبين الطالب مخالطة فمن أى وجه يدعى هذا لزم أن يسئل عن ذلك الطالب فان بين وجه طلبه وقف المطلوب على ذلك ولزمه أن يقر أو ينكر وان أبى الطالب أن يبين سبب دعواه فلا يخلو أن يقول لا أذكر ذلك السبب أولا يقول ذلك ويمنع من وجه طلبه فان قال أنسيته قبل ذلك منه بغير يمين ولزم المطلوب أن يقر أو ينكر وان أبى من تبيينه مع ذكره له لم يسئل المطلوب عن شئ قاله أشهب فى المجموعة ونحوه فى كتاب ابن سحنون * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وكان القياس عندى أن لا يوقف المطلوب حتى يحلف الطالب انه لا يذكر سبب ما يدعيه لانه قد يكون لو ذكر السبب وجد منه مخرجا واذا كتمه لم يمكنه المخرج منه فيريد كتمانه لتلزمه اليمين والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان بين المدعى السبب فأنكر المطلوب وقال أنا أحلف انه لا شئ له عندى من هذا السبب لم يجزه ذلك حتى يقول والله لا أعلم له علىّ شيأ بوجه من الوجوه قاله فى المجموعة أشهب ونحوه فى كتاب ابن سحنون وكان الظاهر أن تجزئه يمينه انه لا شئ له عنده من وجه يطلبه لان الطالب لم يطلبه بغير ذلك مع ان المطلوب لا يحلف حتى يقول له الطالب هذا آخر حقوقى عندك فلا فائدة فى ان يستحلف المدعى عليه فى غير ذلك والطالب قد برأ منه ولكن ذهب أشهب الى ذلك مخافة الالغاء والتأويل (مسئلة) وان ادعى رجل انه أسلفه أو باع منه لم يجزه من الجواب أن يقول لا حق لك عندى حتى يقول لم تسلفنى ماتدعيه أو لم تبع منى شيأ مما ذكرت رواه ابن سحنون عن أبيه وهو مقتضى قول مالك قال فان تمادى على اللدد سجنه فان تمادى أدبه قال وكان ربما قبل منه فى الجواب قوله ماله على حق والى القول الأول رجع آخرا مالك وجه القول الأول باجزاء ذلك وهو قول الشافعى انه اذا قال له مالك على شئ فقد ادعى براءة ذمته وهذا يجزئ من الجواب ولا يلزمه أن يقول انى اشتريت منك لانه ربما قد اشترى منه وقضاه ولا تقوم له بينة والمدعى ممن يغتنم اقراره بالبيع ويرضى باليمين الغموس انه ماقبض منه الثمن ووجه القول الآخر ان المدعى قد ادعى عليه دعوى حق فيلزمه أن يكون جوابه على موافقة قوله كما لو ادعى المشترى انه قضاه الثمن لم يجز للبائع أن يقول لى عليك حق حتى يقول لم أقبض منك ماتدعيه من الثمن (مسئلة) فاذا أنكر المطلوب المعاملة كلف الطالب البينة فان أقام بينة فادعاه من بيع أو سلف أو ما أشبه

ذلك لم يلزمه أن يحلف مع شاهديه انهما شهدا بحق رواه ابن القاسم عن مالك فى الواضحة ورواه ابن سحنون قالا عنه الا أن يدعى أنه قضاه فيحلف على القضاء ووجه ذلك أن البينة قد أحقت له دينه فلا معنى ليمينه لان البينة فى تحقيق دعواه أقوى من يمينه ولذلك برئ بها عن يمين المطلوب و يمين الطالب (مسئلة) فان لم تكن للطالب بينة حلف المطلوب وما الذى يلزمه من اليمين فى انكاره روى ابن المواز عن مالك فى البائع يجحد قبض الثمن فينكره المبتاع و يريد أن يحلف ماله على شئ قال بل يحلف ما اشترى منه سلعة كذا فهذا قول مالك و به قال مطرف وابن الماجشون اذا حلف ماله على شئ من كل ما يدعيه فقد برئ واختاره ابن حبيب وفى الموازية والعتبية عن ابن القاسم القولان وهما مبنيان على ما تقدم من انكاره وما يجزئ فى ذلك منه والله أعلم (مسئلة) و يحلف المنكر ما ادّعى عليه أو ادّعاه من حقوق نفسه على البت والقطع وما ورثه عن أبيه حلف على العلم مثل أن يدعى رجل قضاء أبيه الميت دينه فيحلف انه لا يعلمه قبضه ولا شيأ منه رواه ابن سحنون عن أبيه أو يدعى قبل مورثه حقا فيحلف أنه لا يعلم له قبله شيأ ووجه ذلك أنه يحلف على البت لانه يدعى علم ذلك ولو لم يدعه لم تقبل دعواه وعلى فعل غيره يحلف على علمه أنه لا سبيل له الى غير ذلك الا أن يقيم شاهد المورثه بحق فيحلف معه فانه يحلف على البت لانه يدعى معرفة ذلك وتحقيقه فيحلف على ما ادعاه من المعرفة فى الاثبات وأما فى النفى فلا طريق له الى ذلك وبالله التوفيق (مسئلة) فان حلف المطلوب برئ فان نكل ففى كتاب ابن سحنون عن أبيه قال مالك وأصحابه لا يجب الحق بنكول المطلوب عن اليمين حتى يرد اليمين على المدعى عليه فيحلف قال مالك واذا جهل ذلك الطالب فليذكر له القاضى حتى يحلف الطالب إذ لا يتم الحكم الا بذلك و به قال الشافعى وقال أبو حنيفة وأصحابه بنفس النكول يجب عليه الحق والدليل على ما نقوله ان هذا حق يثبت باليمين فاذا نكل من وجبت عليه اليمين جاز أن تنتقل اليمين الى الجنبة الأخرى كالقسامة (مسئلة) ولو رد المطلوب اليمين على الطالب لم يكن له الرجوع فى ذلك ولزمه ردها رواه عيسى وأصبغ عن ابن القاسم فى العتبية فيحلف المدعى و يأخذ حقه كان رده لليمين عند السلطان أو عند غيره وذلك ان رده اليمين على الطالب رضا بيمينه وتصديق لقوله مع يمينه فلما تعلق بذلك حق الطالب لم يكن للمطلوب الرجوع عنه ولا ابطال حق يثبت للطالب عليه (مسئلة) وهذا اذا كانت من الأيمان التى ترد فان كانت مما لا يرد مثل أيمان التهمة مثل أن يبيع الرجل عبده بالبراءة ثم يظهر المبتاع فيه على عيب قديم فيحلف البائع انه ما علم به فان نكل رد عليه العبد دون يمين المبتاع وذلك أن المبتاع لا طريق له الى معرفة ذلك فلا يكلف تقحم اليمين على ما لا سبيل له ولا لغيره الى معرفته (مسئلة) اذا ادّعى المودع ضياع الوديعة وادّعى المودع تعديه عليها فالمودع مصدق الا أن يتهم فيحلف قاله أصحابنا فى النوادر قال محمد بن عبد الحكم فان نكل ضمن ولا ترد اليمين ههنا ووجه ذلك أنها يمين تهمة دون تحقيق ولذلك اختصت بمن يتهم دون من لا يتهم (مسئلة) ومن وجبت عليه يمين فقال للحاكم اضرب لى أجلا حتى أنظر فى يمينى وفى حسابى وأتثبت فعل من ذلك بقدر ما يراه قاله محمد بن الحكم ووجه ذلك انه يريد التثبت فيما يحلف عليه فيجب أن يجاب اليه فقد يكون الحساب يكثر ويطول أمره ويتسامح فى الدعوى أو الانكار ويتحرز فى اليمين لانها أعظم مقاطع الحقوق (مسئلة) وهذا اذا كانت الدعوى فى عقد كبيع أو سلف أو هبة أو ما أشبه ذلك فأما من أثبت بينة بعبد أو دابة أو ثوب انه ملكه لا يعلمونه باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه ففى المجموعة من رواية ابن

القاسم عن مالك انه يحلفه الامام ماباع ولا وهب ولاخرج عن ملكه بشئ فيحلف على البت ويستحقه وبه قال أشهب وقال ابن كنانة ليس عليه يمين الاأن يدعى الذى فى يده ذلك أمرا يظن أن صاحبه فعله فيحلف مافعله ويأخذ حقه وجه القول الأول وعليه جمهور أصحابنا انها يمين للحكم لايصح له القضاء الابعد استيفائها لان البينة انما شهدت له بالملك على البت والقطع وشهدت فى بقائه على ملكه على العلم فلابد من استحلافه على البت فيمابقى وماعسى أن يزيل ملكه عنه من بيع أوهبة أوغير ذلك وحينئذ يستحق أن يقضى له والا كان قد حكم قبل أن يستوفى المستحق أسباب الاستحقاق ووجه القول الثانى ان المطلوب اذا لم يدع شيأ من ذلك فلامعنى لاستحلاف الطالب لانه قد ثبت له الملك ولايدعى خروجه عن ملكه والله أعلم وأحكم

﴿ مالايجوز من غلق الرهن ﴾

غلق الرهن معناه أن لايفك يقال غلق الرهن اذا لم يفك فمعنى الترجمة أنه لايجوز أن يعقد الرهن على وجه يؤول الى المنع من فكه وأنشدوا لزهير

وفارقتك برهن لافكاك له * يوم الوداع فأمسى رهنها غلقا

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لايغلق الرهن * قال مالك وتفسير ذلك فيمانرى والله أعلم أن يرهن الرجل الرهن عند الرجل بالشئ وفى الرهن فضل عما رهن فيه فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى أجل يسميه له والافالرهن لك بما رهن فيه قال فهذا لايصلح ولايحل وهذا الذى نهى عنه وان جاء صاحبه بالذى رهن به بعد الأجل فهو له وأرى هذا الشرط مفسوخا ﴾ ش قوله لايغلق الرهن معناه والله أعلم لايمنع من فكه وذلك انه نهى عن عقد يتضمن ذلك وعن استدامته ان عقد على وجه يتضمن فان وقع فقد قال يرهن الرهن فى دينه على هذا الشرط لايصلح ولايحل يريد فى مسئلة الكتاب وهو فى دين ثابت ومثل ذلك أن يبيعه ثوبا بمائتى درهم الى أجل ثم يرهنه به رهنا على أنه ان جاءه بالثمن الى ذلك الأجل والافالرهن له بذلك الثمن فالبيع صحيح والرهن فاسد وله ان قبضه البائع حكم الرهن رواه ابن حبيب عن ابن القاسم قال مالك فى المدونة ومعنى ذلك ان البيع سلم من هذا الشرط والرهن على هذا الوجه ينقض من قرض كان أومن بيع ووجه ذلك ما احتج به مالك من النهى عنه والنهى عنه يقتضى فساد المنهى عنه ولانه فى القرض تارة يكون بيعا وتارة يكون قرضا وهو اذا كان الدين من بيع أومن قرض بمعنى فسخ دين فى دين وذلك يمنع صحة ما عملا عليه من غلق الرهن وهو بيعه بالدين الذى رهن به (مسئلة) فاما ان كان ذلك فى بيع انعقد على هذا الشرط بان يبيعه ثوبا بمائة درهم الى أجل على أن يرهنه به دابة على ان جاءه بالثمن الى ذلك الأجل والافالدابة له عوضا من الثوب فان هذا البيع فاسد لان البائع لايدرى بما باع ثوبه بالمائة درهم أو بالدابة فينقض البيع والرهن مالم يفت الثوب فيمضى الثوب بالقيمة ويبطل الأجل وشرط الرهن (مسئلة) وان حل الأجل ولم يفسخ الرهن الى ربه وأخذ المرتهن دينه سواء تغير قبل الأجل بزيادة أونقصان أوحوالة أسواق أولم يتغير وللمرتهن أن يحبسه بحقه وهو أحق به من الغرماء لانه على ذلك أخذه وانما معنى قوله انه يفسخ انه ان كان ماعليه مؤجلا الى سنة أنه يفسخ قبل السنة وهذا كله قول مالك فى المدونة * قال القاضى أبو الوليد وعندى انه يجب أن يفسخ غلاقه وأما أن يؤخذ من المرتهن ويبقى دينه دون رهن فلا

﴿ مالا يجوز من غلق الرهن ﴾

* قال يحيى حدثنا مالك عن ابن شهاب عن سعيد ابن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لايغلق الرهن * قال مالك وتفسير ذلك فيمانرى والله أعلم أن يرهن الرجل الرهن عند الرجل بالشئ وفى الرهن فضل عما رهن فيه فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى أجل يسميه له والافالرهن لك بما رهن فيه قال فهذا لايصلح ولايحل وهذا الذى نهى عنه وان جاء صاحبه بالذى رهن به بعد الاجل فهوله وأرى هذا الشرط منفسخا

(مسئلة) فان لم يرد بعد الأجل وما يقرب منه حتى تغيرت أسواقه أو تغير بزيادة أو نقصان لزمه بقيمته ويقاص بثمنه من دينه ويترادان الفضل قاله مالك فى المدونة ومعنى ذلك عندى ان البيع انما وقع فيه يوم حل الأجل فان فات بعد ذلك فقد فات بيد المبتاع فى البيع الفاسد قال مالك فى المدونة وهذا فى السلع والحيوان واما فى الدور والأرضين فان حوالة الأسواق وطول الزمان لا يفيتها وترد الى الراهن لانه بيع فاسد محرم وانما يفيتها الهدم والبنيان والغرس سواء تهدمت بفعل المرتهن أو بفعل غيره (فرع) فان فات الرهن بعد الأجل بيد المرتهن على وجه يلزمه فقد قال ابن عبد الحكم ورواه ابن عبدوس عنه عليه قيمته قيل يوم فات وقيل يوم حل الأجل وهو قول مالك فى المدونة قال ابن عبدوس وقول ابن عبد الحكم أحب الى ووجه ذلك انه قبض الرهن على وجه البيع فلذلك روعيت قيمته يوم الفوات لان حكم الرهن كان أحق به بعد الأجل وقبل الفوات واليه كان يرد لو ظهر عليه ووجه القول الثانى وهو الأظهر عندى انه من يوم الأجل مقبوض للبيع ولو لم يكن مقبوضا للبيع لما فات بتغير الأسواق ولا زيادة ولا نقصان ولذلك يضمن بعد الأجل ضمان ما بيع بيعا فاسدا دون ضمان ما يغاب عليه من الرهن (مسئلة) وروى ابن الماجشون عن الدراوردى عن الزهرى عن ابن المسيب عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله وزاد فيه هو من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه ومعناه عند مالك وأصحابه له غلته وخراج ظهره وأجرة عمله وعليه غرمه أى نفقته وليس يريد به الهلاك والمصيبة لان الغنم اذا كان الخراج والغلة كان الغرم ما قابل ذلك من النفقة وهو نحو ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الرهن محلوب ومركوب أى غلته له وبنفقته عليه لا يمنعه كونه رهنا من صرف هذه المنافع الى مالكه الراهن أو غيره وقد رأيت للشيخ أبى اسحق نحو هذا التفسير فيه ولا يجوز ذلك للمرتهن لانه زيادة فى القرض وعوض مجهول فى المبايعة وقال الشيخ أبو بكر معنى قوله له غنمه أى منفعته ولم يرد ملكه لان الملك لم يزل عن الراهن وغرمه أى نفقته وتلفه اذا ثبت تلفه من الراهن وقال بعض المالكيين معنى قوله له غنمه أى رجوعه اليه ويرجع رب الحق عليه بحقه وذلك معنى قوله ان غرمه عليه يريد ان الغرم الذى رهن من أجله عليه كما كان رجوع الرهن اليه والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء فى رهن الثمر والحيوان ﴾

ص ﴿قال يحيى سمعت مالكا يقول فيمن رهن حائطا له الى أجل مسمى فيكون ثمر ذلك الحائط قبل ذلك الأجل ان الثمر ليس برهن مع الأصل الا أن يكون اشترط ذلك المرتهن فى رهنه وان الرجل اذا ارتهن جارية وهى حامل أو حملت بعد ارتهانه اياها ان ولدها معها * قال مالك وفرق بين الثمر وبين ولد الجارية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع الا أن يشترطه المبتاع قال والأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا ان من باع وليدة أو شيأ من الحيوان وفى بطنها جنين ان ذلك الجنين للمشترى اشترطه المشترى أو لم يشترطه فليست النخل مثل الحيوان وليس الثمر مثل الجنين فى بطن أمه * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا ان من أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل ولا يرهن النخل وليس يرهن أحد من الناس جنينا فى بطن أمه من الرقيق ولا من الدواب﴾ ش قوله من رهن حائطا الى أجل فأثمر الحائط قبل الأجل فان ذلك الثمر لا يكون رهنا مع الحائط * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه معناه لا يكون للثمرة حكم الرهن ولا يكون المرتهن أحق بها من الغرماء وذلك أن النماء من الرهن على ضربين أحدهما أن يكون من غير جنس الاول كثمرة النخل وعسل النحل

﴿ القضاء فى رهن الثمر والحيوان ﴾
* قال يحيى سمعت مالكا يقول فيمن رهن حائطا له الى أجل مسمى فيكون ثمر ذلك الحائط قبل ذلك الأجل ان الثمر ليس برهن مع الأصل الا أن يكون اشترط ذلك المرتهن فى رهنه وان الرجل اذا ارتهن جارية وهى حامل أو حملت بعد ارتهانه اياها ان ولدها معها * قال مالك وفرق بين الثمر وبين ولد الجارية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع الا أن يشترطه المبتاع قال والأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا ان من باع وليدة أو شيأ من الحيوان وفى بطنها جنين ان ذلك الجنين للمشترى اشترطه المشترى أو لم يشترطه فليست النخل مثل الحيوان وليس الثمر مثل الجنين فى بطن أمه * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا ان من أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل ولا يرهن النخل وليس يرهن أحد من الناس جنينا فى بطن أمه من الرقيق ولا من الدواب

وغلة الزرع والرباع وغلة العبيد وسائر الحيوان فهذا كله لا يكون رهنا مع الأصل ما حدث منه بعد عقد الرهن فأما الثمرة فسواء حدثت بعد العقد أو كانت موجودة حين الرهن مزهية أو غير مزهية قاله ابن القاسم وأشهب وقال أبو حنيفة والثوري ان اللبن والصوف وثمر النخل والشجر ما حدث من ذلك بعد الرهن فهو في الرهن وكذلك الغلة والخراج والدليل على ما نقوله انه نماء حادث من غير جنس الأصل فلم يتبعه في عقد الرهن أصل ذلك مال العبد (مسئلة) وأما أصواف الغنم وألبانها فلا تتبع أيضا اذا حدثت بعد عقد الرهن أو كانت غير كاملة فأما ان كانت كاملة يوم عقد الرهن فقد قال ابن القاسم يلحقها حكم الرهن وقال أشهب لا يكون رهنا الا بالشرط وجه قول ابن القاسم انه متصل بالحيوان اتصال خلقة قد كمل ويتبع في البيع بمجرد العقد فكذلك في الرهن كأعضاء الحيوان وقد قال بعض القرويين في النخل ترهن وفيها ثمرة يابسة يجب أن تكون للمرتهن على قول ابن القاسم كالصوف التام * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي ان الثمرة اليابسة لا تتبع في الرهن لانها لا تتبع في البيع بخلاف الصوف لان الصوف لا يخلو منه الحيوان ويؤخذ منه على سبيل الاصلاح له فأشبه جريد النخل وأما الثمرة فمن غير جنس الأصل ومقصودة بالغلة تخلو منها الشجرة في بعض أوقاتها وذلك حكم رطبها ويابسها وجه قول أشهب ما احتج به من ان هذه غلة فلم تتبع الأصل في الرهن بمجرد العقد كاللبن في ضروع الغنم (مسئلة) وأما غلة الدور المكتراة وغلة العبيد والدواب فلا يكون شيء من ذلك رهنا مع الرقاب وكذلك مال العبد لا يتبعه في الرهن الا بالشرط قاله مالك فان شرطه جاز ذلك وان كان مجهولا كما يجوز في البيع فان شرطه ففي كتاب محمد لا يكون له ما أفاد بعد الرهن لانه غلة قال في كتاب ابن عبدوس ولا ما وهب له قال في الكتابين الا أن يربح في المال الذي شرطه فهو كماله (مسئلة) ويجوز ارتهان مال العبد دونه فيكون له معلومه ومجهوله يوم الرهن ان قبضه قاله مالك في المجموعة وجه ذلك ان الغرر والمجهول يصح ارتهانه كما يصح افراد الثمرة التي لم تؤبر بالارتهان

(فصل) وقوله ومن ارتهن جارية وهي حامل أو حملت بعد الرهن فان ولدها معها وقد تقدم ان النماء على ضربين وقد تقدم الكلام فيما ليس من جنس الأصل وأما ما كان من النماء من جنس الأصل كالولد زاد الشيخ أبو القاسم وفراخ النخل والشجر فان جميع ما تلده الأمة بعد عقد الرهن يكون رهنا معها دون شرط خلافا للشافعي وجه ذلك أنه من جنس الأصل فأشبه سمنها ومن ارتهن عبدا فولد للعبد من أمته فقد قال الشيخ أبو اسحاق الولد رهن مع أبيه دون أمه وجه ذلك ان أمه مال للعبد فلا تكون رهنا معه بمجرد العقد والولد نماء من جنس الأصل فكان تبعا له في الرهن (فرع) ولو شرط في الأمة انها رهن دون ما تلده لم يجز ذلك قاله مالك في المدونة وقال في المجموعة لا يرتهن الجنين دون الأم وليس الولد كالثمرة وجه ذلك انه جزء معين من الجارية فلم يجز أن ينفرد بالرهن كيدها أو عضو من أعضائها وقال أحمد بن ميسر يجوز أن يرتهن ما تلده هذه الجارية أو هذه البقرة أو هذه الغنم كما يرتهن العبد الآبق والجمل الشارد ويصح ذلك بالبعض فاذا ولدت الغنم كان الولد رهنا وقاله الشيخ أبو القاسم في تفريعه (مسئلة) وأما ما ولدته قبل الرهن فقد روى أشهب عن مالك في العتبية يجوز أن يرتهن ولدها وتباع مع ولدها فيكون المرتهن أولى بحصتها من الثمن ويحاص الغرماء في حصة الآبق وروى أبو زيد عن ابن القاسم في وصيف بوضع رهنا قال أمه تكون معه في الرهن يريد لا يفرق بينهما في المكان واما أن يتعلق بها

حكم الرهن فلا قال الشيخ أبو اسحاق لا يرهن الصبي حتى يثغر كما لا يجوز بيعه حتى يثغر الا أن يرهن مع أمه

(فصل) وقوله وفرق ما بين الثمرة وولد الجارية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع قال والأمر الذى لا اختلاف فيه ممن باع جارية أو شيأ من الحيوان وفى بطنها جنين ان ذلك للمشترى وان لم يشترطه فهذا على ما قال فرق بين الثمرة المؤبرة والجنين وحجة من أراد الحاق أحدهما بالآخر وأن يجعل الثمرة المأبورة تتبع فى الرهن كما تتبع الجنين وأما الثمرة التى ليست بمؤبرة فخارجة عن ذلك لانها تتبع النخل فى البيع وان لم يشترطها المبتاع فهى فى البيع بمنزلة الجنين وفى الرهن مخالفة للجنين والفرق بين الرهن والبيع ان البيع ينقل المبيع عن ملك البائع فكانت غلته للمبتاع والرهن لا ينقل الرهن عن ملك الراهن فبقيت غلته له والجنين لما كان من جنس أمه تبعها فى الرهن والبيع كسمنها لم ينفصل عنها فى بيع ولا رهن قال مالك فى جرح العبد المرتهن يؤخذ له الارش انه للمرتهن فى رهنه

(فصل) وقوله ويبين ذلك ان من أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل دون الأصل ولا يرهن أحد جنينا دون أمه وهذا أيضا فرق بين الثمرة المأبورة وبين الجنين اذا سلم له وان قلنا انه يصح افراد الثمرة التى لم تؤبر بالرهن أو ثمرة نبتت فى المستقبل فى نخله وهو الظاهر من المذهب فقد قال ابن القاسم يجوز ارتهانها سنين وقال ابن المواز يجوز أن يرهن الثمرة قبل أن تكون طلعا وقال أشهب يجوز ارتهان غلة الدار فهذا فرق واضح بين الثمرة والجنين والفرق بينهما ما قدمناه واذا لم يسلم له ما ادعاه فى الجنين فلا يصح هذا الفرق الا على أصله ومذهبه دون مذهب من خالفه وجمع بينهما فى ان يتبعا الاصل فى الرهن أو لا يتبعانه وقد اختلف فيما قاله مالك من ذلك (فرع) واذا قلنا انه يجوز ارتهان الثمرة التى لم يبد صلاحها دون الاصول فانه لا يكون الحرز فيها الا بقبض الاصول ومن ارتهن زرعا فى أرض دون الارض فان حيازته بقبض الاصول قاله ابن القاسم فى المدونة وقال فان فلس فالثمرة والزرع للمرتهن دون الشجر والارض فان ذلك للغرماء قال وذلك انه لا يمكنه قبض الثمرة الا بقبض الاصل ووجه ذلك أن قبض الرهن مبنى على منع الراهن منه جملة فلا يبقى له فى الرهن تصرف بوجه وذلك أن الرهن يبطل بتعذر الحيازة ويبطل بعدم صحة الحيازة بعدم الحيازة فكان القبض فيه مخالفا للقبض فى البيع اذ لم يبطل بعدم القبض وانما يبطل بعدم امكانه فحكم القبض فى الرهن أشد منه فى الهبة لأن الهبة اذا صحت بالحيازة لا تبطل برجوعها الى يد الواهب والرهن يبطل برجوعه الى يد الراهن فلم يصح حيازته الا بمنع الراهن منه بكل وجه

﴿ القضاء فى الرهن من الحيوان ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الامر الذى لا اختلاف فيه عندنا فى الرهن أن ما كان من أمر يعرف هلاكه من أرض أو دار أو حيوان فهلك فى يد المرتهن وعلم هلاكه فهو من الراهن وان ذلك لا ينقص من حق المرتهن شيأ ﴾ ش قوله ما كان من أمر يعرف هلاكه يريد ان يكون ذلك غالب أمره أن ضياعه يعرف ويشتهر ولا يغاب عليه كالارض والدور والحيوان فان هذا لا يمكن اخفاؤه بالمغيب عليه والستر له * قال مالك وكذلك الزرع والثمرة فى رؤس النخل وهذا على ما قال وأما الارض والرباع كلها وأصول الشجر مما لا ينقل ولا يحول فأمر ها ظاهر يعلم صدق مدعى

﴿ القضاء فى الرهن من الحيوان ﴾
قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا فى الرهن أن ما كان من أمر يعرف هلاكه من أرض أو دار أو حيوان فهلك فى يد المرتهن وعلم هلاكه فهو من الراهن وان ذلك لا ينقص من حق المرتهن شيأ

* قال مالك وما كان من رهن يهلك فى يد المرتهن فلا يعلم هلاكه الابقوله فهو من المرتهن وهو لقيمته ضامن يقال له صفه فاذا وصفه أحلف على صفته وتسميته ماله فيه ثم يقومه أهل البصر بذلك فان كان فيه فضل عما

ضياعها من كذبه وأما الحيوان فان ادعاء اباق العبد وهروب الحيوان أمر لا يكاد المرتهن ان يقيم به بينة لأن هذا يكون كثيرا فى وقت الغفلة وفى حين لا يمكن اقامة البينة به * قال مالك لأن الاصل ماأخذه عليه على غير الضمان حتى يتبين كذبه وذلك مثل ماقال أشهب اذا زعم ان الدابة انفلتت منه أو العبد كابره بحضرة جماعة من الناس فينكرون ذلك فلا يصدق الا أن يكون الذين ادّعى عليهم غير عدول فلا يصدقون والقول قوله قال ابن المواز وهذا مذهب مالك وأصحابه فيما لايغاب عليه ووجه المشهور من قول مالك انهم اذا كانوا غير عدول لم يثبت كذبه وكان على أصله فى التصديق وانتفاء الضمان لأنه على ذلك أخذه فوجود غير العدول كعدمهم فيما يتعلق بالحكم له وعليه (مسئلة) وأما فى الموت ففى كتاب ابن المواز عن مالك يصدق الا ان يظهر كذبه بدعواه ذلك بموضع لا يعلم أهله ذلك ومعنى ذلك انه يصدق اذا ادعى موته فى الفيافى والقفر بحيث لا يكون به من يعرف به صدقه أو كذبه فان كان فى القرى وحيث يكون الناس فان كان فى موضع يكون فيه أهل العدل ولم يعلم أحد منهم موت ذلك (٢) (مسئلة) ولو قال ماتت دابة لانعلم لمن هى ففى المجموعة فوصفوها ان عرفوا الصفة أو لم يصفوها قبل قوله انها هى ويحلف وجه ذلك ان هذا المقدار من العلم هو الذى يعلم أهل الجهة التى ماتت الدابة بها فاذا عدم ذلك علم كذبه فيما زعمه من موته وليس كل من رأى دابة ميتة سأل عمن ملكها ولا يتبين صفتها بل يصرف بصره عنها ويسرع المشى فى البعد عنها فلا يتبين كذب مدعى ذلك فى عدم المعرفة بهذا المعنى منها

(فصل) وقوله وان ذلك لا ينقص من حق المرتهن شيأ يريد ان حق المرتهن على الراهن بكماله لا ينقص منه لأجل ماذهب من الرهن بيده لأن ضمان مالايغاب عليه اذا رهن من راهنه وبه قال الاوزاعى ورواه يحيي بن كثير عن على رضى الله عنه وقال ابن أبى ليلى وأبو حنيفة والثورى الرهن كله من ضمان المرتهن وروى القاضى أبو الفرج عن ابن القاسم فيمن ارتهن نصف عبد وقبضه كله وتلف عنده انه لايضمن الا بصفة وهذا موافق لما قاله أبو حنيفة فى ضمان المرتهن لما لايغاب عليه الا أنه عند أبى حنيفة مضمون بقدر الدين دون قيمته والدليل على مانقوله أن مالا يضمن بقيمته لايضمن بقيمة غيره كالوديعة وقد قال فى كتاب ابن المواز قلت ففى أى موضع يكون الرهن بمافيه ان ضاع فقال فيما يغاب عليه ولا يعلم له قيمة ولا صفة لقول الراهن ولا المرتهن ولا غيرهما فهذا لاطلب لأحدهما على الآخر وقد كان القياس يحتمل أن يجعل قيمته من أدنى الرهن وقد ذكر لى ذلك عن أشهب وماقلت لك أوّلا هو قول العلماء وأحقه بحديث النبى صلى الله عليه وسلم الرهن بمافيه قال أبو الزناد وفى الحديث اذا عميت قيمته وهذا الذى ذكره لايثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم فيه شئ ولا له أصل وانما هو قول جماعة من الفقهاء ان الرهن يضمن منه قدر الدين ومازاد على ذلك من قيمته فهو أمانة وهو قول ابن أبى ليلى والثورى وأبى حنيفة وروى عن محمد بن الحنفية عن على بن أبى طالب رضى الله عنه وماروى فوق هذا من قول أصحابنا فى معنى قوله الرهن بمافيه هو قول الفقهاء السبعة انما ذلك اذا جهلت صفاته ولم يدع معرفة ذلك راهن ولا مرتهن وهو قول الليث بن سعد وبلغنى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه وقد قال مالك الرهن بمافيه اذا ضاع عند المرتهن مايغاب عليه وكانت قيمته بقدر الدين وسيأتى ذكره ان شاء الله عز وجل ص *(قال مالك وما كان من رهن يهلك فى يد المرتهن فلا يعلم هلاكه الا بقوله فهو من المرتهن وهو لقيمته ضامن يقال له صفه فاذا وصفه أحلف على صفته وتسمية ماله فيه ثم يقومه أهل البصر بذلك فان كان فيه فضل عما

سمى فيه المرتهن أخذه الراهن وان كان أقل مما سمى أحلف الراهن على ماسمى المرتهن وبطل عنه الفضل الذى سمى المرتهن فوق قيمة الرهن وان أبى الراهن أن يحلف أعطى المرتهن مافضل بعد قيمة الرهن فان قال المرتهن لاعلم لى بقيمة الرهن حلف الراهن على صفة الرهن وكان ذلك له اذا جاء بالأمر الذى لايستنكر * قال مالك وذلك اذا قبض المرتهن الرهن ولم يضعه على يدى غيره * ش قوله وما كان من رهن يهلك بيد المرتهن فلايعلم هلاكه الابقوله فهو من المرتهن يريد انه مما يغاب عليه ولا يكاد أن يعلم هلاك ما كان من جنسه الابقول من هو بيده كالثياب والعروض والعنبر والحلى والطعام وغير ذلك مما يكال أو يوزن فهذا وما أشبهه يوصف بأنه مما يغاب عليه وهذا الجنس من الرهون اذا ضاع بيد المرتهن فلايخلو أن تقوم بضياعه بينة أولا تقوم بذلك بينة فان قامت به بينة فعن مالك فى كتاب ابن المواز فى ذلك روايتان احداهما أنه لايضمن وبها قال ابن القاسم وعبد الملك وأصبغ واختارها ابن المواز والثانية يضمن فى الرهن والعارية وهو مذهب الأوزاعى فى الرهن وبه قال أشهب وجه الرواية الاولى ان مالايغاب عليه من الرهون لايضمن وانما يضمن مايغاب عليه لحاجة الناس الى الرهون والاقراض والشراء بالدين ومايغاب عليه يدعى فيه الضياع على وجه لايعلم فيه كذب مدعيه غالبا فيؤدى ذلك الى ضياع أموال الناس والمرتهن يأخذه لمنفعة نفسه وقد كان له أن يضعه على يد عدل فيبرأ من ضمانه فاذا لم تقم له بينة بهلاكه كان عليه ضمانه كما ألزم الكرى ضمان ماينفرد بحمله من الطعام لما خيف من تسرع أمثاله الى أكله حفظا للاموال ولذلك سقط عنه الضمان فيما لايغاب عليه من الحيوان واذا كان يسقط عنه الضمان فى الحيوان وان تلف بغير بينة لما كان الغالب من أمره ظهوره فبأن يسقط عنه الضمان فيما يغاب عليه اذا قامت عليه بينة أولى وأحرى ووجه الرواية الثانية ان مايغاب عليه من الرهون حكمها الضمان وعلى ذلك أخذت فاستوى فيها ثبوت اتلافها ببينة أوخفاء ذلك كالرهن ممالايغاب عليه لما قبض على غير الضمان استوى فيه ثبوت ذلك أوخفاء ذلك (فرع) واذا قلنا برواية ابن القاسم وقامت بينة بهلاك مايغاب عليه من الرهون من غير تضييع من المرتهن ففى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك لايضمن وكذلك لورهنه رهنا فى البحر فى المركب فيغرق المركب أو يحترق منزله أو يأخذه لصوص منه بمعاينة فى ذلك كله (فرع) واذا جاء المرتهن بالرهن وقد احترق وقال وقعت عليه نار فلا يصدق وهو ضامن الا أن تقوم عليه بينة أو يكون الاحتراق أمرا معروفا مشهورا من احتراق منزله أوحانوته فيأتى ببعض ذلك محترقا فانه يصدق رواه ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم ومعنى ذلك أن الرجل قد يدعى احتراق الثوب يكون عنده بما لايعلم سببه مثل أن يقول وقع فى نار أو جاورته نار لم تتعدا الى غيره أوتعدت الى يسير يخفى مثله أو يدعى احتراق ذلك بمايعلم سببه كاحتراق المنزل أوالحانوت فاذا كان ممالايعلم سببه فهو ضامن وان جاء به محروقا الا أن تقوم بينة بمايدعيه وان كان مماقد علم سببه كاحتراق منزله أوحانوته فلايخلو أن يثبت أن ذلك الثوب كان فيما احترق من حانوته أومنزله أولا يثبت ذلك ببينة فان ثبت ذلك ببينة فلاخلاف فى تصديقه سواء أتى ببعض ذلك محروقا أولم يأت بشئ منه وان لم يثبت ذلك ببينة فان أتى ببعض ذلك محروقا صدق أنه كان من حانوته الذى احترق وان لم يأت بشئ منه وادعى احتراق جميعه فظاهر المسئلة انه غير مصدق * قال القاضى أبوالوليد رضى الله عنه والذى عندى أنه اذا كان مماجرت العادة برفعه من الرهن فى الحوانيت حتى يكون متعديا بنقله عنه كأهل الحوانيت من التجار الذين جرت عادتهم بارتهان الثياب ورفعها فى

سمى فيه المرتهن أخذه الراهن وان كان أقل مما سمى أحلف الراهن على ماسمى المرتهن وبطل عنه الفضل الذى سمى المرتهن فوق قيمة الرهن وان أبى الراهن أن يحلف أعطى المرتهن مافضل بعد قيمة الرهن فان قال المرتهن لاعلم لى بقيمة الرهن حلف الراهن على صفة الرهن وكان ذلك له اذا جاء بالأمر الذى لا يستنكر * قال مالك وذلك اذا قبض المرتهن الرهن ولم يضعه على يدى غيره *

حوانيتهم لا يكادون ينقلون شيأ من ذلك عنها فانى أرى أن يصدقوا فيما يدعون من احتراق ذلك فيما عرف وشوهد من احتراق حانوته وقد أفتيت بذلك فى طرطوشة عند احتراق أسواقها وكثرت الخصومة فى مثل هذا وأنا معهم بها وغالب ظنى أن بعض من كان هناك من طلبة العلم أظهر الى رواية عن ابن أيمن بمثل ذلك والله أعلم وهذا وان كان الراهن انما قبض الرهن على الضمان فان معناه عند ابن القاسم خوف ضمان التعدى وانه غير مصدق فيما يدعى من ضياعه لا بضمان أثبته الشرع عليه بمقتضى الرهن فاذا كانت له شبهة من احتراق حانوته وكان هذا الرهن مما جرت العادة بحفظه فى حانوته كان القول قوله فيما ادّعاه من كونه فيه حين احتراقه (مسئلة) واذا أتى المرتهن بالرهن وهو ساج قد تأكله السوس فلا ضمان عليه ويحلف ماضيعه ولا أراد فيه فسادا وان كان أضاعه ولم ينظر فى أمره حتى أصابه بسببه أن يكون فيه شئ رواه فى العتبية عيسى عن ابن القاسم عن مالك وقال الشيخ أبو اسحق اذا أكلت الثياب عند مرتهنها أو قرضها الفأر أو ما أشبه ذلك فان كان أضاعها ضمن والا لم يضمن وقال ابن القاسم يضمن (مسئلة) وأما ان تلف بغير بينة فلا خلاف فى المذهب فى انه مضمون خلافا لسعيد بن المسيب والزهرى وعمرو بن دينار فى قولهم ان الرهن كله أمانة ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه وبه قال الشافعى والدليل على ما نقوله ان قبض ما يملك فنفعته للقابض مؤثرة فى الضمان كالشراء (مسئلة) والرهن مضمون على حكم الارتهان فى الضمان من حين يقبضه المرتهن الى أن يرده الى راهنه ففى العتبية من رواية يحيى فيمن سألك سلفا فاعطاك به رهنا فتلف الرهن قبل أن يصل السلف الى الراهن فان المرتهن يضمنه لانه لم يأخذه الا بمعنى الاستيثاق ولو دفع الراهن الى المرتهن ما على الرهن من الدين ثم تلف الرهن بيد المرتهن فقد قال فى المدونة فيمن ارتهن رهنا بدين فاستوفاه ثم ضاع الرهن عنده بعد ذلك فهو ضامن لقيمته ووجه ذلك انه مقبوض على حكم الرهن فلا تأثير فيه لقضاء ما عليه من الدين وكذلك لو كان عليه مائة فاداها كلها الا درهما واحدا ثم ضاع الرهن لم ينقصه ما ادى من ضمان الرهن شيأ ولو كان له فيه تأثير لوجب أن ينقص من ضمان الرهن بقدر ما ادى من دينه وأيضا فان الرهن مضمون بقيمته ولو كان الدين بضمانه تعلق لكان مضمونا بدينه (مسئلة) ولو كان لك عليه دين وله بيدك رهن فوهبته الدين ثم ضاع عندك الرهن ففى العتبية والمجموعة عن ابن القاسم وأشهب انك تضمنه ونحوه فى المدونة ووجه ذلك ما قدمناه من انه مقبوض على حكم الرهن فبراءة الراهن مما رهن به لا تغير حكمه فى الضمان كما لو قضاه ذلك (فرع) وهل للواهب الرجوع فى هبته قال أشهب يرجع الواهب فيما وضع من حقه ليقاصه به فى قيمة الرهن فان بقى له منه شئ لم يكن له قبضه وان بقى عليه من قيمة الثوب شئ أداه قال لانه لم يضع حقه ليتبع بقيمته (مسئلة) وأى وقت يراعى فى قيمته فى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم يضمن قيمة ما يغاب عليه من الرهن من حلى وثياب وغيره يوم الضياع لا يوم الرهن وقال فى موضع آخر يضمن قيمته يوم ارتهنه وجه القول الأول أنه ليس بمضمون عليه من يوم الرهن ولذلك لو قامت بينة لم يضمنه فلذلك كانت قيمته يوم ضاع لانه حينئذ ضمنه ووجه القول الثانى انه انما يضمن بالقيمة فلذلك روعيت قيمته يوم القبض وهو معنى قولنا يوم الرهن وقال أصبغ فى الواضحة معناه انه يراعى قيمته يوم الضياع فان جهلت فقيمته يوم الرهن (فرع) وهذا اذا لم يقوم الرهن يوم الارتهان وأما لو قوم الرهن بعشرة دنانير فضاع فتلك القيمة تلزمه الا أن يكونا قد زادا فى قيمته أو نقصا فيرد الى قيمته اذا علم بذلك قاله فى العتبية ووجه ذلك أن تقويمهما الرهن عند الراهن اتفاق منهما على قيمته واقرار بذلك

فيحملان على ذلك الا أن تثبت الزيادة فى ذلك أو النقصان فيحملان عليه بعد الضياع ويمنعان من اقراره على ذلك قبل الضياع (مسئلة) ومن رهن عند رجل رهنا ثم رهن فضله الآخر قال ابن القاسم لا يضمن الأول منه الا قدر ما يبلغ حقه من قيمته وهو فى باقيه أمين ولا ضمان على الثانى وقال أشهب ضمانه كله من الأول وجه قول ابن القاسم ان رضا المرتهن الأول بارتهان الثانى الفضلة نقل لها الى حكم الأمانة فلا ضمان عليه فيها ولا ضمان على المرتهن الثانى فيها لانه رهن على يد أمين فلا يضمنه المرتهن ووجه قول أشهب أنه قد قبضه على وجه الرهن فلا ينتقل منه برهن غيره الا بقبضه منه كما لو قضاه ما عليه من الدين لم ينتقل الى حكم الأمانة والوديعة والفرق بينهما على رأى ابن القاسم ان المرتهن اذا قبض ما على الرهن من الدين وطلب صاحبه قبضه فهو عنده على ذلك الحكم حتى يقتضيه أو يوافقه على انه عنده على حكم الوديعة فيقره عنده على ذلك فينتقل الى حكم الوديعة أو يبيعه منه فينتقل الى حكم المبيع والذى أباح له أن يرهنه غيره فقد صرح بأنه عنده على حكم الامانة ولم يبقه عنده على الحكم الذى كان عليه قبل ذلك فكان بمنزلة أن يقبض ما عليه من الدين ويقول له هذا رهنك فاقبضه فيقول اتركه لى عندك وديعة فهذا الاخلاف فى انتقاله الى حكم الوديعة (مسئلة) ولو شرط فيما يغاب عليه أن لا يضمنه وأن يقبل قوله فيه فقد قال ابن القاسم شرطه باطل وهو ضامن وقال ابن البرقى عن أشهب شرطه جائز وهو مصدق فى الرهن والعارية قال ذلك كله ابن المواز وجه القول الأول ان الشرط اذا انعقد على نقل ضمانه من محله لم ينقله ويبطل الشرط لان مقتضى العقد فى هذا أقوى من الشرط وهذا حكم الضمان فى سائر العقود انما يثبت بقبضها ولا تأثير للشرط فى ذلك وانما يؤثر فيما اختلف قول مالك فيه فى محل الضمان كالمبيع الغائب وما جرى مجرى ذلك لتردد الضمان عنده بين المحلين باصل العقد فلذلك كان للشرط فيه تأثير والله أعلم

(فصل) وقوله يقال له صفه ثم يحلف على صفته ويسميه ماله فيه الى آخر الفصل معناه ان لم يختلف الراهن والمرتهن فى صفة الرهن الذى تلف ولزم المرتهن ضمانه إما للتعدية أو لعدم البينة على ضياعه أو لان ذلك حكم ما يغاب عليه من الرهون على رواية أشهب عن مالك فان اتفقا على صفة الرهن حكم بقيمة تلك الصفة وان اختلفا فى صفته وقيمته وصفه المرتهن وحلف على ذلك وعلى ماله فيه يريد ان اختلفا فى قدر الدين قال ثم يقوم بتلك الصفة فان كان فى القيمة فضل أخذه الراهن وان كان نقص حلف الراهن على ما سمى وبطل عنه ما زاد على قيمة الرهن فان نكل أدى ما زاد على قيمة الرهن ووجه ذلك أن المرتهن غارم فالقول قوله فيما ينكره مما يدعيه عليه الراهن من صفة الرهن ويحلف مع ذلك على ما قابله فيه من الدين لان القول قوله فى قدر الدين الى منتهى قيمة تلك الصفة فلذلك جمع له بينه ما يستحقه بيمينه فى هذه الحكومة فان حلف فكان فى القيمة فضل على الدين أدى الفضل الى الراهن وان كان فى الدين فضل على القيمة حلف الراهن على ما سماه المرتهن من دينه ليسقط عن نفسه ما فضل منه على قيمة رهنه ان كان ما أقر به من الدين أقل من قيمة السلعة (مسئلة) ولو اختلفا فى قيمة الرهن وصفته واتفقا فى قدر الدين فقال الراهن قيمة الرهن عشرون دينارا وقال المرتهن قيمته ثلاثون دينارا واتفقا على أن الدين عشرة ففى المجموعة من رواية ابن وهب عن مالك يحلف المرتهن ما قيمته الا ثلاثة دنانير ويسقط من الحق بقدرها ومعنى ذلك أن يرجع المرتهن على الراهن ببقية قدر الدين وذلك سبعة دنانير لان الراهن قد أقر أن الدين عشرة فان أثبت أن قيمة الرهن ثلاثة دنانير بيمين المرتهن أدى باقى الدين سبعة دنانير وهذا مبنى على أن الدين لا يشهد لقيمة

الرهن ووجه ذلك ان الرهن مبنى على أنه لا يراعى قيمته يوم الرهن وانما يراعى يوم يحتاج الى بيعه ولذلك يرتهن مالا قيمة له يوم الرهن كالثمرة التى لم تؤبر وتلف الرهن قبل وقت بيعه فلذلك لم يشهد الدين بقيمته وقد روى أبو زيد فى سماعه عن أصبغ فيمن رهن رهنا بألف دينار فقضاها ثم أخرج اليه المرتهن ثوبا قيمته دينار واحد وقال الراهن رهنتك ثوبا وشيا ووصف ثوبا قيمته ألف دينار ان القول قول الراهن اذا تفاوت الأمر هكذا * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وهذا عندى ليس من باب شهادة الرهن وانما هو من باب أن يدعى مالا يشبه و يدعى صاحبه مايشبه فالقول قول مدعى مايشبه الا أن هذا نوع من شهادة الدين للرهن والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو نكل المرتهن عن اليمين فى المجموعة من رواية ابن وهب عن مالك يحلف الراهن أن قيمة رهنه عشرون دينارا و يحط عنه للدين عشرة و يأخذ عشرة بقية قيمة رهنه وروى ابن حبيب عن أصبغ مثله ووجه ذلك ماقدمناه وان أبى الراهن أن يحلف أعطى المرتهن مافضل بعد قيمة الرهن يريد أن الراهن لما نكل عن اليمين بعد ماردت عليه بقدر الرهن من القيمة ماأقر به المرتهن فيعطى الراهن المرتهن مافضل من دينه عن قيمة الرهن والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله ولو قال المرتهن لا علم لى بقيمة الرهن حلف الراهن على صفته وكان ذلك اذا جاء بالأمر الذى لا يستنكر يريد أن يأتى بما يشبه من صفة ما يرهن فى مثل ذلك الدين وما يكون له من القيمة فيما يقرب منه على ماجرت عادة الناس فى الرهون وانما راعى فى ذلك الأمر الذى لا يستنكر لان المرتهن لم ينكل عن اليمين ولا ادعى الجهل بصفة الرهن على الاطلاق وانما ادعى الجهل بتحقيق الصفة على وجه يحلف عليها و يكون ذلك صفتها على حقيقتها فاذا أتى الراهن بصفة تبعد عن مقدارها عنده كان له الرجوع الى أن يصفها بصفة لا شك أنها أفضل من صفة الرهن وهى دون الصفة التى وصفها بها الراهن بكثير فيسقط عن نفسه مايستنكره من الثمن ولو سمع وصف الراهن ثم نكل هو عن اليمين ورد اليمين عليه لكان للراهن ماحلف عليه ولم يعتبر عليه فى ذلك مايستنكر لان المرتهن قد رضى بذلك حين رد عليه اليمين بعد العلم بتلك الصفة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وقول مالك وذلك اذا قبض المرتهن الرهن ولم يضعه على يد غيره يريد أن المرتهن انما يضمن الرهن الذى يغاب عليه على الوجه المذكور اذا كان هو الحائز له وأما اذا كان موضوعا على يد غيره بحكم حاكم أو باتفاق الراهن والمرتهن فلا ضمان على المرتهن فى ضياعه وان لم تقم بذلك بينة وأما سائر ماتقدم من قوله فى شهادة قيمة الرهن بقدر الدين فيحتمل أن يتناوله هذا الشرط على قول أصبغ ويحتمل أن لا يتناوله على قول ابن المواز وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وفى ذلك ستة أبواب * الباب الأول فى وجوب الحيازة للرهن وكونها شرطا فى صحته أو تمامه * والباب الثانى فى صفة الحيازة وتمييزها مما ليس بحيازة * والباب الثالث فيمن يكون وضع الرهن على يده حيازة وتمييزه من غيره * والباب الرابع فيمن يوضع على يديه الرهن عند اختلاف المتراهنين * والباب الخامس فيمن يقوم بالرهن ويلى الانفاق عليه والاستغلال له * والباب السادس فى حكم العدل الذى يوضع على يده الرهن

(الباب الأول فى وجوب الحيازة للرهن وكونها شرطا فى صحته أو تمامه)

ليس من شرط الرهن السفر خلافا لمجاهد فى قوله لا يصح الرهن الا فى السفر والدليل على مانقوله ان كل وثيقة صحت فى السفر فانها تصح فى الحضر كالكفالة ولا يتم له حكم الرهن الا بالحيازة له

قال الله تعالى فرهان مقبوضة فجعل ذلك من صفات الرهن اللازمة له وذلك بمعنى الشرط فيه فصار حكم الرهن متعلقا بالرهن المقبوض واذا أقر الرهن بيد الراهن وأشهد عليه أن لا يبيعه ولا يهبه ولم يطلبه ولم يقبض منه فليس برهن حتى يقبضه منه المرتهن أو وكيله أو من تراضيا به رواه ابن وهب عن مالك في المجموعة لان الله تعالى وصف الرهان بأنها رهان مقبوضة ولا يقع اسم القبض على ما يبقى بيد الراهن وان كل ما جعلت الحيازة شرطا فيه لم يكن الا بمعنى القبض كالهبة (مسئلة) ولا يكفي من حيازته الاتفاق على الاقرار بذلك حتى تشهد البينة على معاينة ذلك قاله ابن الماجشون في الموازية والمجموعة وهو مذهب مالك وذلك ان حق الغير متعلق به حين الحاجة الى الحكم بكونه رهنا بعد موت الراهن أو فلسه وقت تعلق الغرماء به وأما قبل ذلك فلا حاجة لهما الى ذلك ولا يمتنع عليهما بصحته بكل وجه (مسئلة) ولو مات الراهن أو أفلس و وجد الرهن بيد المرتهن أو بيد الأمين الموضوع على يده ففي الموازية والمجموعة عن عبد الملك لا ينفع ذلك حتى تعلم البينة أنه حازه قبل الموت أو الفلس قال ابن المواز صواب لا ينفعه الا معاينة الحوز لها حين الارتهان و وجه ذلك انه قد وجد بيده بعد الموت أو الفلس ولما كان من شرط ثبوت حكم الرهن له قبضه وحيازته قبل تعلق حق الغرماء به لم يحكم له بذلك الا بعد ثبوت الشرط في وقته وقبل فوته * قال أبو الوليد رضي الله عنه وعندي لو ثبت انه وجد بيده قبل الموت والفلس ثم أفلس أو مات الراهن لوجب أن يحكم له بحكم الرهن والله أعلم ولعله أن يكون هذا معنى قول محمد لا ينفعه الا بمعاينة الحوز بمعنى كون الرهن بيده في وقت يصح فيه الحوز وظاهر اللفظ يقتضي أن لا ينفع هذا حتى يعاين تسليم الراهن له الى المرتهن على هذا الوجه وهو وجه محتمل و يتعلق به أحكام سنوردها وننبه عليها في مواضعها ان شاء الله تعالى

(الباب الثاني في صفة الحيازة وتمييزها مما ليس بحيازة)

فأول ذلك ان الرهن يلزم بمجرد القول خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما لا يلزم الا بالقبض * قال القاضي أبو محمد والدليل على ذلك قول الله تعالى فرهان مقبوضة قال فلنا من الآية دليلان أحدهما أنه قال عز من قائل فرهان مقبوضة فأثبتها رهانا قبل القبض والآخر ان قوله فرهان مقبوضة أمر لانه لو كان خبرا لم يصح أن يوجد رهن غير مقبوض ومن قولهم ان الراهن لو جن أو أغمي عليه ثم أفاق فسلم فصح فيثبت انه أمر ومن جهة القياس انه عقد وثيقة كالكفالة (مسئلة) وهل يكون من شرط صحة الحيازة للرهن أن يقبضه الحائز لذلك أم لا اختلف أصحابنا فيه ففي كتاب ابن المواز من رواية ابن القاسم عن مالك فيمن اكترى دارا أو عبدا سنة أو أخذ حائطا مساقاة ثم ارتهن شيأ من ذلك قبل تمام السنة فلا يكون محوزا للرهن لانه يحوز قبل ذلك بوجه آخر وفي المجموعة قال سحنون ومذهب ابن القاسم انه يجوز أن يرتهن الرجل ما في يده باجارة أو مساقاة ويكون ذلك حيازة للمرتهن كالذي يخدم العبد ثم يتصدق به على آخر فحوز الخدم حوز للمتصدق عليه وقال القاضي أبو محمد ان رهن عينا كان غصبها قبل ذلك صح وسقط ضمان الغصب وجه القول الاول وهو قول أبي حنيفة أن هذا رهن بقي بيد من استحق قبضه قبل الرهن فلم يكن محوزا كما لو بقي بيد الراهن و وجه القول الثاني ما تقدم من احتجاج ابن القاسم والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن رهن بيتا من دار بما يليه من الدار شارك المرتهن بغلق أو كراء قال ابن حبيب عن أصبغ ان حده له نصف الدار فهو أحسن وان لم يحده ولكنه رهنه البيت بعينه و بنصف الدار شائعا فحيازته للبيت تكفيه وهي

حيازة للجميع وكذلك في الصدقة يريد بقوله لحيازة المرتهن بغلق البيت ان غلقه للبيت على ذلك الوجه حيازة له وسائر ما ارتهن من الدار وأما الكراء فانه يشتمل على الجميع واختار أصبغ أن يحد له ما احتازه من الدار بحدود تضرب فيه بمعنى القسمة له حتى يتميز الرهن من غيره لكنه ان حاز البيت أجزأه ذلك وهو يحتمل وجهين أحدهما ان البيت هو معظم الرهن والباقي تبع له والثاني أن يكون ذلك مبنيا على جواز حيازة المشاع مع غير الرهن ويكون معنى المسئلة بقية الدار لغير الراهن وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم فمن ارتهن الدار وفيها طريق للساكنين يسلكها الراهن وغيره قال اذا حاز البيوت لم يضره الطريق لانه حق للناس كلهم فراعى في الحيازة البيوت دون الساحة ويحتمل ذلك ما قدمناه من أنه تبع للبيوت (مسئلة) ويجوز عند مالك رهن المشاع وبه قال الشافعي ومنع من ذلك أبو حنيفة والدليل على ما نقوله ان كل ما صح قبضه بالبيع صح ارتهانه كالمقسوم (مسئلة) اذا قلنا انه يجوز رهن المشاع فلا يخلو من رهن نصف شئ أن يكون باقيه له أو لغيره فان كان لغيره ففي كتاب ابن المواز لأشهب من كان له نصف عبد أو نصف دابة أو ماينقل ويحول كالثوب والسيف لم يجز له أن يرهن حصته الا باذن شريكه وكذلك كل ما لا ينقسم لان ذلك يمنع صاحبه بيع نصيبه فان لم يأذن له انتقض الرهن فان أذن له جاز ذلك ثم لا رجوع له فيه ولا له بيعه الا بشرط أن يبقى جميعه بيد المرتهن الى الأجل وكذلك لو كان جميعه على يد الشريك فأراد الشريك بيع نصيبه على أن يكون جميعه بيده الى الأجل جاز ولا يفسد ذلك البيع وان لم يكن بقرب الأجل لانه باع ما يقدر على تسليمه كالثوب في الغائب * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا عندي لا يمنع ماذكر لان رهن نصيب منه لا يمنعه من بيع نصيبه ان شاء بان يفرده بالبيع أو بان يدعو الراهن الى بيع حصته معه على الوجه الذي كان له ذلك قبل الرهن فان باعه بغير جنس الدين كان الثمن رهنا فان كان بجنس الدين قضى منه دينه ان لم يأت برهن بدل منه قال أشهب في المجموعة الا أن يحتمل ذلك القسمة فيقسم وتصير حصة الراهن بيد المرتهن أو بيد أمين (مسئلة) واذا قلنا بجواز ذلك باذن الشريك أو بغير اذنه فان الحوز فيه يكون عند ابن القاسم بان يحل المرتهن فيه محل الراهن وقال أشهب وعبد الملك لا يتم فيه الحوز الا بأن يجعل جميعه على يدي الشريك قال أشهب أو غيره أو بيد المرتهن وجه قول ابن القاسم ان هذا رهن لجزء مشاع فجاز أن يحاز بان يحل المرتهن فيه محل الراهن مع شريكه كالدار والحمام وقد جوز ذلك أشهب وعبد الملك في الدار والحمام وذكر ذلك عنهما ابن المواز وابن عبدوس وقالا وهذه حيازة مالا يزال به (مسئلة) ولو رهنه عبدا أو ثوبا فان حيازته قبض المرتهن أو العدل لجميعه فان استحق نصفه ففي الموازية والمجموعة عن أشهب هو على ما تقدم ان شاء المستحق أن يكون جميعه بيد المرتهن فهو جائز وان منع من ذلك وكان واحدا لا ينقسم بيع فأخذ المرتهن ثمن مال الراهن يتعجله من دينه ان كان من جنس دينه وان كان من غير جنسه مثل أن يكون دينه دراهم فيباع بدنانير أو يكون دينه دنانير فيباع بدراهم وقف رهنا الى الأجل قال ولو رهنك النصف ثم أراد بيع النصف الثاني لم يكن له ذلك حتى يحل الأجل على ما تقدم ومذهب ابن القاسم انه يجوز أن يبقى الرهن الى أجله ويحوز المرتهن منه النصف الثاني مع المستحق لنصفه وهو معنى قوله في المدونة

(فصل) فان كان جميع الرهن للراهن فرهن نصفه فانه لا يصح الرهن مع بقاء شئ من العبد بيد الراهن وانما يصح أن يسلم جميعه الى المرتهن أو الى العدل (مسئلة) وأما ما لا ينقل ولا يحول

كالدور والأرضين والرباع فانه ان رهنه نصف دار له جميعها جاز ذلك قال في كتاب ابن المواز فيقوم بذلك المرتهن مع الراهن يكريانه جميعا أو يحوزانه أو يضعانه على يدي غيرهما وفي المجموعة لابن القاسم عن مالك ان قبضه أنه يحوزه دون صاحبه وهذا ان أشار به الى الجزء الذي ارتهن فوافق لما في كتاب ابن المواز وان أشار به الى جميع مارهن بعضه فمخالف له وقد قال أشهب في المجموعة لا حيازة فيه الا بقبضه كله على يد المرتهن أو يد عدل ووجه القول الاول ان ما صح أن يكون حيازة في الهبة صح أن يكون حيازة في الرهن كقبض الكل ووجه القول الثاني ان الهبة لما كانت لا يطرأ عليها الفساد بعد تمامها بالحيازة جاز أن يكفي فيهما من الحيازة قبض الحصة الموهوبة والرهن بخلاف ذلك لانه يطرأ عليه الفساد بعد تمامه بالحيازة فلم تصح حيازته الا بمنع الراهن منه جملة (فرع) ولو رهن رجل حصة من دار ثم اكترى من شريكه حصته لم يبطل ذلك الرهن في الحصة التي رهن وللمرتهن منعه من سكنى الحصة التي اكترى حتى يقاسمه فيحوز حصة الرهن قاله ابن القاسم وزاد أشهب ويمنعه القيام بالحصة التي اكترى حتى يجعل ما اكترى من ذلك على يد المرتهن بيده ليتم الحوز ووجه ذلك ان ملكه لمنافع حصته من الدار لا يمنع من صحة حيازة الرهن كما لم يمنع من ذلك ملكه لمنافع الرهن وانما يمنع من ذلك سكناه اياه وتصرفه فيه لان هذا لو فعله في حصة الرهن لأبطل حيازته (مسئلة) ومن صحة حيازة الرهن أن تتصل حيازته على الوجه الذي ذكرناه فان أحدث الراهن فيه حدثا قبل أن يقبضه المرتهن فكل ما فعل فيه من بيع أو وطء أو عتق أو هبة أو صدقة أو عطية أو غير ذلك نافذ ان كان مليا وان كان معسرا لم ينفذ منه الا أن تحمل الأمة أو يبيعها رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية قال ولو قام المرتهن بطلب حيازة الرهن قبل أن يفلس الراهن أو يحدث ما ذكرناه قضي له بذلك وقال أبو حنيفة ينفذ عتقه موسرا كان أو معسرا وللشافعي فيه قولان أحدهما مثل قول أبي حنيفة والثاني مثل قولنا فان حازه المرتهن على يده أو يد عدل ثم رجع الى الراهن باذن المرتهن باجارة أو مساقاة أو وديعة أو بغير ذلك فقد قال ابن القاسم وأشهب في الموازية وغيرها قد خرج من الرهن قال ابن القاسم ولو أذن له في سكنى الدار خرجت عن الرهن قال هو وأشهب ولو أذن له في زراعة الأرض فزرعها وهي بيد المرتهن فقد خرجت عن الرهن خلافا للشافعي ووجه ذلك انه قد عدمت الصفة التي هي شرط في صحة كونه رهنا وهي الحيازة (فرع) ولو مات الراهن فأكرى المرتهن الرهن بعد ان حازه في حياته من بعض ورثته لم يخرج بذلك عن الرهن رواه ابن المواز عن ابن الماجشون ووجه ذلك ان الرهن لم يرجع الى الراهن لان الدين لم ينتقل الى ذمم الورثة (فرع) فان وقع من ذلك ما يبطل الحيازة ثم قام المرتهن يريد رد ذلك ليصح رهنه فقد روى ابن المواز وابن عبدوس عن أشهب له ذلك الا أن يفوت بتحبيس أو عتق أو تدبير أو غيره أو قيام غرمائه وقال ابن القاسم الا في العارية الا أن يكون أعاره على ذلك وقاله أشهب في كتاب ابن المواز في العارية وقال بعض القرويين انما فرق ابن القاسم بينهما اذا كانت العارية مؤجلة فليس له ارتجاع الرهن بعد أن يعيره الا أن يعيره على ذلك ولو كانت العارية غير مؤجلة لكان له أن يأخذ الرهن بعد الأجل كالاجارة وروى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم ان من جعل على يديه اذا أكراه من الراهن بعلم المرتهن فقد خرج عن الرهن وان سكت حين علم بذلك خرج عن الرهن ولو أكراه باذنه أو ترك الفسخ حين أعلم بذلك وقد أكراه بغير اذنه ثم أراد أن يفسخ ذلك فليس له ذلك وجه قول أشهب ان تأخر قبض

الرهن لا يمنع تلافيه قبل فوته كما لو ترك قبضه وقت الرهن ثم قام يريد قبضه قبل فوته فان ذلك له
ووجه قول ابن القاسم ان القبض الواجب لحق الرهن فوجب أولا فاذا رده فقد ترك حقه ورده
فلا رجوع له فيه (فرع) فان فات قبل الارتجاع بعتق أو تحبيس أو ما أشبه ذلك والراهن عديم
رد لعدمه ولا يرد البيع ولا يعجل من ثمنه الدين ولا يوضع له الثمن لأنه قد رده كما لو باعه قبل حيازة
المرتهن قاله أشهب فى الموازية
(فصل) وهذا فى حيازة الاعيان وأما الديون فارتهانها جائز قاله مالك ولا يخلو أن يكون دين له
ذكر حق أو دين لا ذكر له فان كان دين له ذكر حق فحيازته أن يدفع اليه ذكر الحق ويشهد له به
فهذا جوز أن يكون أحق به من الغرماء فى الموت والفلس قاله مالك فى الموازية ووجه ذلك ان
هذا غاية ما يمكن فى حيازته (مسئلة) وان لم يكن للدين ذكر حق فهل يجزئ فيه الاشهاد قال
ابن القاسم فى المجموعة ان لم يكن فيه ذكر حق فاشهد فلا بأس بذلك ونحوه عن مالك وقال ابن القاسم
أيضا اذا لم يكن فيه ذكر حق لم يجز الا ان يجمع بينهما واذا كان فيه ذكر حق جاز ذلك وهو ظاهر
قول مالك فى الموازية وجه القول الاول ان الاشهاد أقوى من الجمع بينهما وهو غاية ما يتوثق به
ويصرف به المال الى الموهوب له وأما الجمع بينهما فليس فيه أكثر من اعلام الذى عليه الحق ولا
اعتبار برضاه فى ذلك فلا معنى لاعلامه على معنى الاشهاد (مسئلة) واذا كان الدين للراهن على
المرتهن فان كان أجل الدين الى مثل أجل الذى رهن به أو أبعد منه جاز ذلك وان كان أجل الدين
الذى رهن به أقرب لم يجز ذلك لان بقاء الرهن بعد محله رهنا كالسلف فصار فى البيع بيعا وسلفا الا
أن يجعل ذلك بيد عدل الى محل أجل الدين الذى رهن به وهذا تفسير قول مالك فى العتبية وغيرها
ووجه ذلك ان الدين الذى هو الرهن اذا حل الاجل وكان الاجل الى شهر ثم اشترى سلعة يريد الى
شهرين على أن يؤخر بدينه الحال أو المؤجل الى شهر أو شهرين فهو بيع وسلف ولو كان الرهن
الى شهرين فاشترى سلعة الى شهر فانه جائز لا يقضى دينه عند انقضاء أجله ويبقى الدين الذى هو
الرهن الى أجله وان احتيج الى بيعه بيع على ما بقى من أجله وليس فى ذلك وجه من وجوه الفساد
(مسئلة) ومن تسلف من امرأته دراهم ورهنها بها خادما فقال ابن القاسم فى الموازية والعتبية
أحب الى لو جعلاها بيد غيرهما وقال فى موضع آخر لا يكون ذلك رهنا وقال أصبغ فى الموازية
ذلك حوز لها وكذلك كل ما فى البيت الا رقبة البيت فلا يكون سكناها فيها حوزا ويصح أن يكون
قولها مبنيا على صحة اختيار الزوج وجه ما رهنه الزوج أو منع ذلك وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله
تعالى ويصح أن يكون مبنيا على ان خدمة الزوجة مستحقة على الزوج والمنزل منزل الزوج فلا يعاز
عند ابن القاسم عنه ما كان فيه بخلاف ما تقدم لأصبغ والله أعلم

(الباب الثالث فيمن يصح وضع الرهن على يده)

فاذا كان يتيم له وليان فان رهن منهما رهنا بدين على اليتيم فوضع على يد أحدهما ففى كتاب ابن المواز
عن عبد الملك لا يتم فيه الحوز لأن الولاية لهما ولا يحوز المرء على نفسه (مسئلة) ومن ارتهن
حائطا فجعل على يد المساقى فيه أو الاجير فليس برهن حتى يجعل على يد غير من فى الحائط وليجعل
المرتهن مع المساقى رجلا يستخلفه أو يجعله على يد من يرضيان به رواه ابن القاسم عن مالك فى
الموازية وقال عبد الملك فى المجموعة ان كان رهن نصفه لم يجز ذلك فى الأجير والقيم وان كان رهن
جميعه فهو جائز وجه القول الاول ان المساقى والاجير لما كانا عاملين للراهن كانت أيديهما له فلا

تصح الحيازة مع بقاء الرهن بيد الراهن أو بيد من يقوم مقامه كالو رهن نصف الحائط و وجه القول الثاني ان يد الاجير انما نابت عن يد الراهن بأمره فاذا بقي له أمر في بقائه بيده لبقاء بعضه غير مرهون لم يجز ذلك لأنه لا يكون حائزا محوزا منه وان لم يبق له فيه شيء فقد زالت يد الاجير عن جميع الرهن بالامر الاول وصار الرهن بيده لمعنى آخر (مسئلة) وهل يصح ان يوضع الرهن على يد غير الراهن ففي المجموعة عن عبد الملك اذا وضع الرهن على يد قيم ر به من عبده أو أجيره أو مكاتبه فان كان شيأ رهن بعضه فليس بحوز وان رهن جميعه فذلك حيازة الا في عبده قال وحوز العبد من سيده الرهن ليس بحوز كان مأذونا له في التجارة أو غير مأذون وجه ذلك ان يد العبد لسيده ولا يصح ان يكون الرهن محوزا مع بقائه بيد الراهن (مسئلة) وأما وضع الرهن بيد زوجة الراهن ففي كتاب ابن المواز عن أصبغ انه ان حيز الرهن بذلك عن راهنه حتى لا يلي عليه ولا يقضي فيه فهو رهن ثابت وقال ابن القاسم في المجموعة يفسخ ذلك ونحوه عنه في العتبية والموازية وجه قول أصبغ ان الزوجة تحوز لنفسها عنه فكذلك يجوز أن تحوز لغيرها و وجه قول ابن القاسم أن المرأة للزوج عليها نوع من الحجر ولذلك هي ممنوعة فيما زاد على الثلث فلم تحز الرهن على الزوج كعبده وولده الصغير (مسئلة) وأما وضع الرهن بيد أخي الراهن ففي العتبية والموازية عن ابن القاسم لا ينبغي أن يوضع الرهن على يد أخي الراهن وذلك لضعفه وقال ابن القاسم في المجموعة أما في الاخ فذلك رهن تام وجه القول الاول ان الرهن مبني على منافاة تصرف الراهن والمعتاد من حال الاخ أن لا يمنع أخاه من مثل هذا فلذلك ضعفت حيازته ووجه القول الثاني وهو الصحيح انه مالك لنفسه بائن عنه بملكه فاشبه الأجنبي (مسئلة) وأما وضع الرهن على يد ابن الراهن فلا خلاف في المذهب انه ان كان الابن في حجره ان ذلك غير جائز وأما الابن المالك لأمر نفسه البائن عن أبيه ففي العتبية والموازية عن ابن القاسم لا ينبغي أن يوضع على يد ابنه وقال في المجموعة ان وضع على يده فسخ وقال سحنون في العتبية هذا في الصغير وأما الكبير البائن عنه فانه جائز ورواه ابن وهب عن ابن الماجشون في الابن والبنت وتوجيه ذلك مبني على ما تقدم والله أعلم

(الباب الرابع فيمن يوضع على يديه الرهن عند اختلاف المتراهنين)

فانه اذا شرط المرتهن كون الرهن على يديه جاز ذلك ان كان مما يعرف بعينه كالدور والعقار والحيوان والثياب وغير ذلك مما لا يكال ولا يوزن فأما الدنانير والدراهم فلا يجوز ذلك فيها لجواز أن ينتفع بها فيرد مثلها وقال أشهب في المجموعة لا أحب ارتهان الدنانير والدراهم والفلوس الا مطبوعة للتهمة في سلفها فان لم تطبع لم يفسد الرهن ولا البيع ويستقبل طبعها متى عثر على ذلك وهذا اذا كان على يد المرتهن دون الأمين وما أرى ذلك في الطعام والادام وما لا يعرف بعينه لانه لا يكاد يخفى التصرف فيه ويخفى في العين فالتهمة فيه أبين والذي في المدونة في الدنانير والدراهم والفلوس انه يجوز ارتهانها اذا طبع عليها والا فلا قال وكذلك الحنطة والشعير وجميع ما يكال أو يوزن اذا طبع عليها وحيل بين المرتهن و بين الانتفاع به قال لان الطعام يؤكل والعين تنفق ويؤتى بمثلها والثياب والحلي لا يؤتى بمثلها الا انها معينة والله أعلم (مسئلة) وان شرط كونها على يد أمين لزمهما ذلك أيضا ولا يحتاج أن يطبع منها على ما لا يعرف بعينه وهو مذهب ابن القاسم وأشهب فان لم يشترطا شيأ فقد قال محمد بن عبد الحكم انهما اذا اختصما في ذلك قيل لهما اجعلاه على يد من رضيتما فان لم يجتمعا على الرضى بأحد جعله القاضي عند من يرضاه ووجه ذلك انهما اذا شرطا من يوضع على يده لزمهما ذلك

واذا لم يشترطاه ورضيا به جاز ذلك لان الحق في ذلك لم يخرج عنهما ولزمهما من رضيا به بعد عقد الرهن كالزمهما عند عقد الرهن واذا لم يكن شيء من ذلك فان النظر في ذلك من الاختلاف عائد الى الحكم كمال اليتيم لا ولي له أو مال الغائب لا وكيل له ولا يلزم المرتهن أن يوضع ذلك على يده اذا أباه قال لانه يريد أن يزيل عن نفسه ضمانه والله أعلم (مسئلة) فان مات الأمين فأوصى الى رجل لم يكن الرهن على يده ولكن على يد من يرضى المتراهنان به قال ابن القاسم في المدونة قال أشهب في المجموعة وعلى الوصي أن يعلمهما بموته ثم ان شاء اقراره عنده أو عند غيره فان اختلفا فيه وفي غيره جعل بيد أفضل الرجلين

(الباب الخامس فيمن يلي الرهن ويقوم به من الانفاق عليه والاستغلال له)

روى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان المرتهن يلي كراء الرهن وأحب الى أن يستأمر الراهن ان حضر فان لم يأمره مضى ذلك وقال ابن القاسم للمرتهن أن يكرى الرهن بغير اذن الراهن علم أو لم يعلم وقال ابن القاسم وأشهب في المجموعة ان لم يأمره الراهن بالكراء فليس له ذلك وفي العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك ان المرتهن يلي كراء الرهن باذن الراهن وكذلك من وضع على يده يلي ذلك باذن الراهن وجه القول الأول ان عقد الرهن ووضعه بيد المرتهن يقتضي أن يلي كراءه لان الراهن ليس له ذلك لان توليه يخرجه عن الرهن ولا يجوز أن ينعقد الرهن على تضييع الغلة فاقتضى عقد الرهن ان يلي كراءه من وضع على يده ووجه القول الثاني ان عقد الراهن لا يقتضي حفظ المرتهن للعين التي رهنها وانما يكون ذلك للمرتهن باذن الراهن فاذا أذن له في حفظه لم يكن له أيضا أن يلي كراءه واستغلاله الا باذنه وانما له بعقد الرهن منع الراهن من القيام بذلك كما له بعقد الرهن منع الراهن من القيام بحفظ الرهن (مسئلة) وليس للمرتهن أن يحابي في كراء الرهن فان حابى ضمن المحاباة وقضى الكراء رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون ووجه ذلك ان عقد الكراء اليه فاذا عقده لزمه وعليه أن يستوفي الكراء فان حابى بشيء منه فهو هبة منه للمكترى فعليه ضمان ذلك القدر الذي حابى به لان الراهن صار كالمحجور عليه في كراء الرهن يلزمه فعل من وضع على يده فيه من العقد وله الرجوع بما حابى فيه من قيمة منفعته (مسئلة) فان أراد الراهن أن يعجل الدين ويفسخ الكراء فان كان الكراء بلا وجيبة لم يكن له فسخه وان كان بوجيبة فللراهن فسخه وان كان أجله دون أجل الدين رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وقال أصبغ ان كانت وجيبة الى أجل الدين وأدون فليس للراهن فسخه وان كانت أبعد من أجل الدين فله فسخ ما زاد عليه اذا حل الأجل وانما فرق ابن الماجشون بين الوجيبة وغيرها لان عقد الكراء اذا انعقد على معين يتقدر بنفسه لم ينفسخ بفوات زمان وان أغلق بزمان معين وقدر بزمان انفسخ بفوات ذلك الزمان وجه قول أصبغ أن الكراء على اللزوم فاذا لزم ما تقدر منه بالعمل فيما لا مضرة فيه على الراهن أو استدام بقاء الدين الى أجله فكذلك ما تقدر منه بالزمان قال أصبغ ولو كان الدين حالا لم أر له أن يكريها بوجيبة طويلة جدا فان فعل لم يلزم الراهن اذا عجل الدين (مسئلة) فاذا ترك المرتهن أن يكرى الدار حتى حل الأجل فان كانت من الدور التي لها قدر كدور مكة ومصر أو كان العبد نبيلا ارتفع ثمنه لخراجه فيدعه لا يكريه فهو ضامن لأجر مثله واذا لم يكن له كبير كراء ومثله قد يكرى ولا يكرى لم يضمنه قاله ابن حبيب عن ابن الماجشون قال أصبغ لا يضمن في الوجهين وكذلك الوكيل على الكراء يترك ذلك لم يضمن وجه قول ابن الماجشون ان الراهن محجور عليه في كراء داره

وربعه الذي رهنه وذلك المرتهن الذي هو بيده فاذا ضيعه لزمه ما ضيع وتعدى بتركه وجه قول أصبغ انه كالوكيل الذي ليس له فعل الا باذن الموكل فلا يلزمه ضمان شئ من ذلك (مسئلة) ولو أكرى الراهن الدار بأمر المرتهن خرجت من الرهن قال ابن المواز اتفق على ذلك ابن القاسم وأشهب ولكن يكريه المرتهن بأمر الراهن قال ابن القاسم وكذلك العارية وقال أشهب ان اعاره المرتهن بأمر الراهن خرج من الرهن * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ووجه ذلك عندي أن يليه المكترى ويدخل معه فيه حتى يصير في حكم ما هو في يده وقد قال في المدونة اذا قلت ان بيع الرهن باذن المرتهن لا يبطل الرهن اذا باعه في يد المرتهن ولو دفعه اليه يبيعه لنقض رهنه في قول مالك وقال يجوز ان ارتهن حصة المرتهن من جملة هذا الطعام فان أراد شريكه قسمته فان كان الراهن حاضرا أمر أن يحضر فيقاسم شريكه والرهن كما هو بيده فهذا وجه ذلك والله أعلم وأحكم ويحتمل الوجه الآخر انه محجور عليه في التصرف فيه فعلى هذا انما يكون بيعه ومقاسمته بمعنى الاذن فيه ومباشرة المرتهن له ويحتمل عندي أن يفرق بينهما بأن المكترى يده يد من اكراه منه فاذا باشر الراهن الكراء فقبضه المكترى انتقض بذلك الرهن لانه قد قبضه الراهن واذا باشر ذلك المرتهن فانتقل بكرائه الى المكترى فلم يخرج عن يده فبقي على حكم الرهن ولذلك قال ابن القاسم وأشهب ان أعاره المرتهن بأمر الراهن خرج من الرهن ومعنى ذلك ان يد المستعير يد المعير وأما في البيع فان باعه الراهن وهو في يد المرتهن انتقل الى يد المشترى وقبض المرتهن الثمن فلم يخرج بذلك عن حكم الرهن وكذلك قسمة الطعام لا تنقل الرهن في شئ من ذلك الى يد الراهن ولا الى من يده في حكم يد الراهن وانما يبقى بيد المرتهن فلذلك جاز (مسئلة) واذا كان الكرم رهنا بيد عدل فأتى ربه بحفار يحفره ففي العتبية قال سحنون ولا يحضر حفره ولا يأتي بحفار وانما يأتي به المرتهن وهو يأمر بالحفر ومن حيث يبدأ وكذلك حرث الارض فهذا وجه ما تقدم والله أعلم وأحكم (مسئلة) وعمل الحائط على المرتهن ومرمة الدار ونفقة العبد وكسوته على الراهن دون المرتهن رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية ووجه ذلك أن الملك للراهن دون المرتهن فعليه أن ينفق وليس له أن يترك الرهن يخرب ويفسد (مسئلة) واذا تهورت البئر المرتهنة فعلى الراهن اصلاحها رواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في العتبية ومعناه في المدونة واذا غرم المرتهن خراج الارض المرتهنة فان كانت من أرض الخراج رجع على صاحب الارض وان لم تكن من أرض الخراج لم يرجع عليه بشئ لانها مظلمة وكذا اختزان الرهن ان كان مما يختزن على الراهن وان كان مما لا يختزن على الراهن مثله في العادة كالثوب والعبد فلا كراء فيه رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية وأما الرهن يحل بيعه بحيث لا سلطان به ولا يوجد من يبيعه الا بجعل فقد روى عيسى وأصبغ عن ابن القاسم ان الجعل على من طلب البيع قال عيسى وما أرى الجعل الا على الراهن ووجه ذلك ان على الراهن صرف الرهن الى صفة يقتضي منها المرتهن حقه فيجب أن يكون جعل صرف ذلك عليه واذا مات العبد المرتهن فكفنه ودفنه على راهنه قاله مالك في المدونة ووجه ذلك ان هذا من مؤنته وذلك لازم لمالكه دون مرتهنه (مسئلة) واذا أنفق المرتهن على الرهن بأمر الراهن فهو سلف ولا يكون في الرهن الا بشرط سواء أنفق باذنه أو بغير اذنه وليس كالضالة ينفق عليها فيكون عنده مالك أولى بها من الغرماء حتى يستوفي نفقتها لانه لابد أن ينفق عليها وليس عليه ذلك في الرهن لانه يطلب الراهن أن يرفع ذلك الى الامام في غيبته قاله ابن القاسم قال أشهب هو مثل الضالة والرهن بها رهن وليس للراهن منعه

من ذلك لان الرهن يهلك ان كان حيوانا ويخرب ان كان ربعا (مسئلة) وهل يلزم الراهن الانفاق وان كان موسرا ففي المدونة من ارتهن زرعا أو ثمرة لم يبد صلاحها فانهارت بئرها وأبى الراهن أن ينفق عليها فليس للمرتهن أن ينفق عليها ويرجع بما أنفق عليها ولكن يكون ما أنفق في رقاب النخل حتى يستوفيه ويبدأ بما أنفق قبل الدين وروى عن ابن القاسم في المختصر من غير المدونة ان الراهن يجبر على الاصلاح ان كان مليا وجه القول الاول ان العين التي ارتهنها قد تغيرت فليس على الراهن بدلها كالو مات الحيوان ان لم يكن عليه أن يأتي ببدله ووجه القول الثاني ان هذه نفقة يحيا بها الرهن فلزمت الراهن كنفقة الرقيق (مسئلة) واذا حل أجل الدين ولم يقض الراهن الدين فلا يخلو أن يكون عرا الرهن عن شرط أو يكون جعل الراهن بيعه لمن هو بيده فان لم يكن في ذلك شرط فليس لمن هو بيده بيعه ويرفع ذلك الى السلطان قاله مالك في المدونة قال ابن القاسم في غير المدونة فان باعه ردّ بيعه قال ولا يبيعه الا ربه أو السلطان وجه ذلك انه غير محجور عليه فلا يلي أحد بيع ماله الا أن يأبى من الحق فيبيعه عليه السلطان (مسئلة) فان كان شرط له بيعه عند الأجل ففي المدونة انه ان كان الراهن قد شرط ان لم يأت بالدين الى الأجل والذي هو بيده مسلط على بيعه فان مالكا قال لا يبيعه الا بأمر السلطان زاد ابن القاسم عن مالك في العتبية وغيرها كان على يد المرتهن أو يد غيره وشرط ذلك فلا يفعل وشدد فيه وروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن نافع ما أرى بيعه جائزا الا بأمر السلطان وان شرط ذلك وقال عيسى قال ابن القاسم مثله وبهذا قال الشافعي انه لا يصح توكيله على بيعه وحكى القاضي أبو محمد عن المذهب أنه يكره ويصح كالوكالة قال ابن القاسم وبلغني عن مالك انه قال فان باعه نفذ البيع ولم يرد فات أو لم يفت كان له بال أو لم يكن اذا أصاب وجه البيع لانه بيع باذن ربه وروى ابن المواز عن أصبغ عن ابن القاسم انه قال يمضي ذلك الا أن يكون مما له بال كالدور والأرضين والرقيق والحيوان وماله بال في القدر أيضا فليردان لم يفت فان فات أمضى الا ان يعلم له صفة تساوي أكثر مما بيع به فيضمن الفضل قال وبلغني ذلك عن مالك وقال أشهب في الموازية والمجموعة أما القصب والقثاء وما يباع من الثمر شيأ بعد شئ فليبع بمحضر قوم كاشرط وأما الرقيق والدور والثمار فلابد من السلطان وقال أشهب وهذا بموضع السلطان وأما بلد لا سلطان به فيه أو سلطان يعسر تناوله فبيعه جائز اذا صح وأمن الغرر وذكر الشيخ أبو القاسم هذه الرواية على غير هذا الحكى عن المذهب انه اذا كان اشتراء القصب ونحوه مما لا يبقى مثله أو ينقص ببقائه فللمرتهن الموكل على البيع بيعه وان كان عرضا أو ربعا تكثر قيمته ولا يضر بقاؤه فقد كره له بيعه الا باذن الحاكم اذا غاب ربه وقال أشهب لا بأس ببيع الربع وغيره وجه القول بمنع البيع انه بائع بسبب نفسه فتقوى فيه التهمة ووجه القول الثاني ان كل من يصح توكيله على بيع غير الرهن صح توكيله على بيع الرهن كالأجنبي (فرع) واذا أراد الراهن فسخ وكالة الوكيل فقد حكى الشيخ أبو القاسم والقاضي أبو محمد عن المذهب ليس له ذلك الا باذن المرتهن وقال القاضي أبو اسحق له ذلك وبه قال الشافعي وجه القول الاول ان هذه وكالة اذا شرطت في العقد صارت من موجباته فلم يكن للراهن فسخها كامساك الرهن وجه الرواية الثانية انه عقد وكالة فلم يلزم بالعقد كسائر الوكالات (مسئلة) وبيع الرهن مختلف قال ابن عبدوس اذا أمر الامام ببيع الرهن فاما اليسير الثمن فيباع في مجلس وما كان أكثر منه ففي الأيام وما كان أكثر منه ففي أكثر من ذلك وأما الجارية الفارهة والدار والمنزل والثوب الرفيع فبقدر ذلك حتى

يشتهر ويسعر به ور بما نودى على السلعة الشهرين والثلاثة وكل شئ بقدره (مسئلة) واذا أمر الامام ببيع الرهن بغير العين من عرض أو طعام فقد قال ابن القاسم فى الموازية لا يجوز ذلك وقال أشهب ان باعه بمثل ما عليه ولم يكن فيه فضل فذلك جائز وان كان فيه فضل لم يجز بيع تلك الفضلة والمشترى بالخيار فيما بقى ان شاء تمسك وان شاء رد لما فيه من الشركة وان باعه بغير ما عليه لم يجز

القضا فى الرهن يكون بين الرجلين

ص * قال يحيى سمعت مالكا يقول فى الرجلين يكون لهما رهن بينهما فيقوم أحدهما ببيع رهنه وقد كان الآخر انظره بحقه سنة قال ان كان يقدر على أن يقسم الرهن فلا ينقص حق الذى انظره بحقه بيع له نصف الرهن الذى كان بينهما فأوفى حقه وان خيف أن ينقص حقه بيع الرهن كله فأعطى الذى قام ببيع رهنه حصته من ذلك فان طابت نفس الذى انظره بحقه لم يدفع نصف الثمن الى الراهن والاحلف المرتهن انه ما أنظره الا ليوقف لى رهنى على هيئته ثم أعطى حقه * ش وهذا على حسب ما قال ان الرجلين يصح أن يرتهنا رهنا من رجل فان رضى الراهن أن يكون بيد أحدهما فذلك جائز ويضمن حصته منه وهو فى باقيه أمين يضمنه الراهن قال ذلك ابن القاسم وأشهب زاد أشهب فى المجموعة فان لم يتراضيا بكونه بيد أحدهما جعل بيد أمين ولا يضمنانه قال ابن القاسم وأشهب وان قبضاه من الراهن ولم يجعلاه بيد أحدهما ضمناه وان جعلاه بيد أمين وجه ذلك انه انما أسلمه اليهما فان انفرد أحدهما بعد ذلك بقبضه أو اتفقا على وضعه عند من شاآ فقد تعديا فيه وجعلاه عند من لم يأذن لهما فيه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله فى الرجلين اذا ارتهنا رهنا بحق لهما ذلك يكون على وجهين أحدهما ان يرتهناه فى وقت واحد والثانى ان يرتهن أحدهما فضل الآخر ومسئلة الكتاب تقتضى انهما ارتهناه معا ولو ارتهنا رهنا بدين لهما على رجل فانظره أحدهما بحقه سنة وقام الآخر يطلب تعجيل حقه فان كان الرهن لا تنقص قيمته بالقسمة قال فى الأصل ان لم تنقص قسمته حق الذى انظره بحقه بيع وفى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك وهو فى الموازية والعتبية من رواية عيسى وأبى زيد عن ابن القاسم ان قدر على قسم الرهن بما لا ينقص به حق القائم بحقه قسم فبيع لهذا نصفه فى حقه * قال أبو الوليد رضى الله عنه وعندى انما راعى فى ذلك ادخال القسمة النقص فى قيمة الرهن واذا دخل النقص فى أحد القسمين فلا بد من أن يدخل فى الآخر فتارة أظهر مراعاة حق القائم وتارة أظهر مراعاة حق الآخر والمعنى فيهما واحد لاسيما وقد ثبت فى المسئلة أن الرهن بينهما بنصفين وقد زاد فى المجموعة والعتبية ان دينهما سواء فاذا بيع نصف الرهن فكان ثمنه قدر الدين قبضه القائم فى حقه وان قصر عن الدين طلبه ببقية دينه ولم يكن له أن يباع شئ من بقية الرهن لتعلق حق صاحبه به وبقى الى الأجل الذى أنظره وان لم يكن فيه فضل عن دين الذى أنظره ولو كان فيه فضل عن دينه فقد روى عيسى عن ابن القاسم فيمن رهن عبدا أو دارا فى دين مؤجل فقام عليه غريم آخر قال الشيخ أبو محمد يريد وهو معسر فان كان فى الرهن فضل عما رهن به بيع فقضى المرتهن حقه معجلا وقضى الغريم الآخر وان لم يكن فيه فضل لم يبع حتى يحل أجل المرتهن فعلى هذا لا تباع حصة الذى تأجل دينه بما بقى من دين الذى تعجل الآن يكون فيها فضل عن دين صاحبه وأما ان كان فى حصة الذى تعجل فضل عن دينه فانما يباع منه عندى بقدر الدين المعجل ولا يكون ما فضل عن الدين رهنا ويدفع

القضاء فى الرهن يكون بين الرجلين

* قال يحيى سمعت مالكا يقول فى الرجلين يكون لهما رهن بينهما فيقوم أحدهما ببيع رهنه وقد كان الآخر أنظره بحقه سنة قال ان كان يقدر على أن يقسم الرهن ولا ينقص حق الذى أنظر بحقه بيع له نصف الرهن الذى كان بينهما فأوفى حقه وان خيف أن ينقص حقه بيع الرهن كله فأعطى الذى قام ببيع رهنه حصته من ذلك فان طاب نفس الذى أنظره بحقه أن يدفع نصف الثمن الى الراهن والاحلف المرتهن انما أنظره الا ليوقف لى رهنى على هيئته ثم أعطى حقه

الى الراهن لانه انما رهن كل واحد منهما نصف ذلك الرهن فلا دخول للآخر فيه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله فان خيف أن ينقص حقه بيع الرهن كله فأعطى الذى قام ببيع رهنه من ذلك أضاف الرهن الى المرتهن لما كان له ثمنه وكان بيده وقال ان الرهن كله يباع ويعطى من ذلك ولم يبين قدر ما يعطى ولا يبين أى قدر يعطى وقد بين ذلك فى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك فقال ابن القاسم ان القائم يأخذ من نصفه حقه يريد انه لا سبيل له الى النصف الذى هو حصة الذى أنظره من الرهن وانما يأخذ دينه من النصف الذى ارتهن وقد تقدم ذكر ذلك

(فصل) وقوله فان طابت نفس الذى أنظره بحقه دفع نصف الثمن الى الراهن والا حلف ما أنظرته الا ليوقف لى رهنى يريد أنه ان أراد المرتهن أن يدفع الى الراهن ثمن نصف الرهن وهو الذى كان ارتهنه المؤجل بالدين جاز ذلك لانه رهن قد طابت نفسه برده الى الراهن وينظره مع ذلك بدينه وان أبى من ذلك حلف يريد انه ما أخره الا ليبقى الرهن وثيقة بحقه ثم يقتضى من ثمن حصته من الرهن دينه وهذا اذا بيع الرهن بمثل ماله من الدين وكان الدين عينا فان بيع بعين تخالف العين الذى له فقد قال أشهب فى العتبية والموازية فى الرهن يستحق نصفه ولا ينقسم ولا يرضى المستحق ببقائه بيد المرتهن انه يباع ويعجل للمرتهن حقه ان بيع بمثل دينه فان بيع بدنانير ودينه دراهم أو بيع بدراهم ودينه دنانير وقف للمرتهن ذلك رهنا الى الأجل فيباع حينئذ فى حقه لما يرجى من غلاء ذلك ووجهه انه غير الصفة التى يمكنه أن يقبضها او يرجو من الربح فى نقلها الى الصفة التى يستحقها عند حلول أجل دينه ما لا يرجوه الآن فلم يكن له أن يباع فيعجل من ثمنه دينه كما لا يجوز ذلك فى غير الرهن

(فصل) وان بيع بقمح وحق المرتهن قمح مثله فقد قال ابن المواز انه بمنزلة أن يباع بدنانير ودينه دنانير أو يباع بدراهم ودينه دراهم وقال أشهب فى العتبية انه ان بيع بشئ من الطعام أو الادام أو الشراب وهو مثل الذى له صفة وجنسا وجودة فانى أستحسن أن له تعجيله وان أبى صاحبه لانه انما يعطيه مثله اذا لم يعطه اياه وهذا الذى قاله يقتضى أن يكون هذا حكم كل مكيل وموزون وما فى حكمهما وكذلك قال سحنون فى المجموعة ان بيع بمثل حقه فليعجل له وقال فى موضع آخر الا أن يكون حقه طعاما بيع فيأبى أن يتعجله فذلك له فاعتبر فى ذلك رضى الله عنه رضا المرتهن لان من اشترى طعاما مؤجلا لم يكن للبائع تعجيله قبل وقته بخلاف العين (مسئلة) وان بيع بطعام مخالف لماله فقد قال محمد يوضع رهنا بيده الى حلول حقه وقال أشهب فى العتبية وكذلك ان بيع بعرض بمثل حقه أو مخالف له وضع له رهنا وليس له تعجيله بغير رضا الراهن ووجه ذلك ان ما لا مثل له لا تكاد تصح فيه المماثلة فقد يجد عند الأجل ما هو أقرب الى المماثلة وأيسر عليه فيما يجزئ عنه

(فصل) وقوله ثم يعطى حقه على ما تقدم وقد روى فى العتبية ابن القاسم عن مالك فى مسئلة الأصل يحلف ويعطى حقه الا أن يأتى الراهن برهن فيه وفاء حق الذى أنظره فيكون له أخذ الثمن فبين ان مسئلة الأصل انما هى فى المعسر (مسئلة) ولو كان أصل دينهما من بيع أو قرض أو أحدهما من قرض والآخر من بيع جاز ذلك ما لم يقرضه أحدهما على أن يبيعه الآخر فلا يجوز فان لم يكن بشرط جاز ذلك قاله ابن القاسم فى المدونة (مسئلة) فان أقرضاه وارتهنا منه دارا أو ثوبا وقضى أحدهما خرجت حصته من الرهن فان كان دينهما من جنس واحد وكتباه فى ذكر واحد لم يكن له أن يقضى أحدهما دون الآخر وان كان دينهما من جنسين لاحدهما دراهم وللآخر شعير جاز لاحدهما أن يقضى دون الآخر ولو كتباه بغير ذكر واحد أو يكون الرهن لهما بشئ واحد

دنانير كلها أو قمحا كله أو شيأ واحدا أو نوعا واحدا وان لم يكتبا به كتابا فليس لأحدهما أن يقتضي دون الآخر وذلك ان ذكر الحق اذا جمعهما أو الرهن فقد جعلهما مع اتفاق جنس الدين كالشريكين فلا يقبض أحدهما دون الآخر فان كان دينهما من جنسين مختلفين انتفت الشركة وتباينت الحقوق فلم يمنع أحدهما من قبض حقه وكذلك اذا كانا من جنس واحد ولم يضمنا ما يجمع بينهما بذكر حق ولا رهن وكتبا حقهما مفرقا لان ذلك بمعنى القسمة لان افراد ذكر الحق يميز الحق كما يميزه افراد نفس الحق

(فصل) وأما اذا ارتهن أحدهما بعد الآخر فهو أيضا على قسمين أحدهما أن يرتهن أحدهما جزأ من الرهن ثم يرهن رجلا آخر باقيه فان كان أجل الدينين واحدا فحكمه حكم ما رهنا جميعه معا وان كان أجلهما مختلفا فحكمه حكم مسئلة الكتاب في الرجلين ينظر أحدهما ويتعجل الثاني (مسئلة) واذا رهن رجل رهنا بدين له عليه ثم ادان من آخر ورهنه فضلة ذلك الرهن الأول ففي المجموعة عن مالك ذلك جائز ان رضي المرتهن الأول فان لم يرض لم يجز وقاله ابن القاسم وأشهب وفي كتاب ابن حبيب عن أصبغ قال لي أشهب له ذلك رضي الأول أو سخط لانه لا ضرر عليه في ذلك اذ هو المبدأ وقال ابن حبيب انما أراد مالك برضا الأول ان لم يتم الحوز للثاني واذا لم يرض لم يتم ولا تكون الفضلة له رهنا بل هو أسوة الغرماء فيها وهذا الذي قاله ابن حبيب فقد رواه ابن المواز عن ابن القاسم عن مالك فيمن رهن رهنا وجعله بيد المرتهن ثم رهن فضله الآخر لم يجز ذلك الا أن يحوزه غير الأول لان الأول انما حازه لنفسه فلا يكون رهنا للثاني قال ابن القاسم الا أن يرضى الأول فيحوز ويبدأ الأول ويكون للثاني ما فضل وقال أصبغ اذا جعل الرهن بيد غير المرتهن جاز أن يرهن فضله الآخر وان أبى ذلك المرتهن الأول اذا علم من هو على يديه لتتم الحيازة لهما وقيل عن مالك حتى يرضى الأول والقياس ما قلت لك وقد روى الشيخ أبو القاسم رواية أخرى في رهن فضلة الرهن ان ذلك لا يجوز وان أذن فيه المرتهن الأول والله أعلم وأحكم (مسئلة) واذا حل أجل دين الثاني قبل الأول ففي الموازية لأشهب عن مالك انه قال اذا لم يعلم الأول ان دين الثاني يحل قبل دينه بيع الرهن ويعطى الأول حقه قبل محله ويعطى الثاني ما فضل عن دينه ثم ان بيع بمثل حقه أو بخلافه فقد تقدم في ذلك قول أشهب وسحنون بما يغني عن اعادته وقد قال سحنون في العتبية انما تفسير قول أشهب في الرهن يستحق نصفه فأما مسئلة الرهن يرهن فضلته فيحل حق الثاني فيباع له فانه اذا وقف الأول مقدار حقه فقد يتغير ما يوقف له حتى ينقص عند الأجل من حقه قال ابن عبدوس وكأنه يرى فيما رأيت انه ان كان انما يباع بخلاف حق الأول أن لا يباع الى أجله لانه اذا بيع بخلافه وقف الرهن كله ولم يقض الثاني شيأ فلا فائدة في بيعه ومعنى ذلك ان الثاني ليس له الا ما فضل عن الأول ولا يعلم ذلك الا اذا بيع بمثل ماله والله أعلم ص ﴿قال يحيى وسمعت مالكا يقول في العبد يرهنه سيده وللعبد مال ان مال العبد ليس برهن الا أن يشترطه المرتهن﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان من ارتهن عبدا له مال فان مال العبد لا يبيعه في حكم الرهن لانه ليس بملك للراهن والراهن انما يرهن ما يملكه

(فصل) وقوله الا أن يشترطه المرتهن يريد فيكون رهنا مع العبد وانما يكون رهنا مع العبد ماله الذي كان له يوم اشتراطه قاله مالك في المجموعة والموازية وأما نماء ذلك المال فانه بمنزلة أصله ووجه ذلك ان نماء كل مال تبع لأصله في سائر أحكامه ولذلك تبعه في الزكاة وأما ما أفاد بعد الارتهان فلا يكون رهنا معه وقد تقدم ذكره

* قال وسمعت مالكا يقول في العبد يرهنه سيده وللعبد مال ان مال العبد ليس برهن الا أن يشترطه المرتهن

﴿ القضاء في جامع الرهون ﴾ قال يحيى سمعت مالكا يقول فيمن ارتهن متاعا فهلك المتاع عنـد المرتهن وأقر الذي عليه الحق بتسمية الحق واجتمعا على التسمية وتداعيا في الرهن فقال الراهن قيمته عشرون دينارا وقال المرتهن قيمته عشرة دنانير والحق الذي للرجل فيه عشرون دينارا * قال مالك يقال للذي بيده الرهن صفه فاذا وصفه أحلف عليه ثم أقام تلك الصفة أهل المعرفة بها فان كانت القيمة أكثر مما رهن به قيل للمرتهن اردد الى الراهن بقية حقه وان كانت القيمة أقل مما رهن به أخذ المرتهن بقية حقه من الراهن وان كانت القيمة بقدر حقه فالرهن بما فيه * قال يحيى وسمعت مالكا يقول الأمر عندنا في الرجلين يختلفان في الرهن يرهنه أحدهما صاحبه فيقول الراهن أرهنتكه بعشرة دنانير ويقول المرتهن ارتهنته منك بعشرين دينارا والرهن ظاهر بيد المرتهن قال يحلف المرتهن حين يحيط بقيمة الرهن فان كان ذلك لا زيادة فيه ولا نقصان عما حلف ان له فيه أخذه المرتهن بحقه وكان أولى بالتبدئة باليمين لقبضه الرهن وحيازته اياه الا ان يشاء رب الرهن أن يعطيه حقه الذي حلف عليه ويأخذ رهنه قال وان كان ثمن الرهن أقل من العشرين التي سمى أحلف المرتهن على العشرين التي سمى ثم يقال للراهن اما أن تعطيه الذي حلف عليه وتأخذ رهنك واما أن تحلف على الذي قلت انك رهنته به ويبطل عنك ما زاد المرتهن على قيمة الرهن فان حلف الراهن بطل ذلك عنه وان لم يحلف لزمه غرم ما حلف عليه

﴿ القضاء في جامع الرهون ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول فيمن ارتهن متاعا فهلك المتاع عند المرتهن وأقر الذي عليه الحق بتسمية الحق واجتمعا على التسمية وتداعيا في الرهن فقال الراهن قيمته عشرون دينارا وقال المرتهن قيمته عشرة دنانير والحق الذي للرجل فيه عشرون دينارا * قال مالك يقال للذي بيده الرهن صفه فاذا وصفه أحلف عليه ثم أقام تلك الصفة أهل المعرفة بها فان كانت القيمة أكثر مما رهن به قيل للمرتهن أردد الى الراهن بقية حقه وان كانت القيمة أقل مما رهن به أخذ المرتهن بقية حقه من الراهن وان كانت القيمة بقدر حقه فالرهن بما فيه ﴾ ش أكثر ما في هذا الفصل قد تقدم الكلام عليه ومعنى ذلك ان الرهن اذا ضاع عند المرتهن وكان مما يغاب عليه فلزمه ضمانه لانه لم يقم بينة بضياعه أولانه يحكم بضمانه له وان قامت بذلك بينة على ما رواه أشهب فان اختلفا في قيمته وادعى الراهن من ذلك أكثر مما أقر به المرتهن قيل للمرتهن صفه قال فاذا وصفه حلف على تلك الصفة يريد لان الراهن خالفه فيها وادعى أفضل منها وان جهل الراهن الصفة فقد قال ابن حبيب عن أصبغ اذا وصفه المرتهن حلف وان نكل بطل حقه وكان الرهن بما فيه * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي انه لو ادعى الراهن معرفة الصفة ونكل المرتهن حلف الراهن وقومت الصفة التي حلف عليها (مسئلة) فاذا حلف المرتهن على الصفة التي أقر بها قومها أهل المعرفة فربما قوموها بأكثر مما أقر به من القيمة فان كانت تلك القيمة أكثر من الدين وذلك على وجهين أن يكون ما أقر به من قيمتها أولا أكثر من قدر الدين أو يكون زعم أولا أن قيمتها أقل من قدر الدين أو بمثل قدر الدين لكنه وصفها بعد ذلك بصفة قومت بأكثر من الدين فهذا يقطع دينه بما لزمه من القيمة وقيل له رد الفضل على الراهن وان كانت القيمة أقل من الدين كان على الراهن أن يوفي بقية الدين وان كانت القيمة بقدر الدين فقد قال ان الرهن بما فيه يريد ان هذا من المواضع التي قال فيها من تقدم الرهن بما فيه أو انه يصح أن يحمل قولهم ذلك على هذه المسئلة وما أشبهها ولو أقر أولا بقيمة الرهن فلما خالفه في ذلك الراهن وصفه بصفة قومت بأقل من القيمة التي أقر بها أولا فان عندي انه تلزمه القيمة الاولى التي أقر بها ويحمل ما وصفنا به الرهن مما قصر عن تلك القيمة جحدا لبعض القيمة بعد الاقرار بها والله أعلم وأحكم ص ﴿ قال يحيى وسمعت مالكا يقول الامر عندنا في الرجلين يختلفان في الرهن يرهنه أحدهما صاحبه فيقول الراهن أرهنتكه بعشرة دنانير ويقول المرتهن ارتهنته منك بعشرين دينارا والرهن ظاهر بيد المرتهن قال يحلف المرتهن حين يحيط بقيمة الرهن فان كان ذلك لا زيادة فيه ولا نقصان عما حلف ان له فيه أخذه المرتهن بحقه وكان أولى بالتبدئة باليمين لقبضه الرهن وحيازته اياه الا أن يشاء رب الرهن أن يعطيه حقه الذي حلف عليه ويأخذ رهنه قال وان كان ثمن الرهن أقل من العشرين التي سمى أحلف المرتهن على العشرين التي سمى ثم يقال للراهن اما أن تعطيه الذي حلف عليه وتأخذ رهنك واما أن تحلف على الذي قلت انك رهنته به ويبطل عنك ما زاد المرتهن على قيمة الرهن فان حلف الراهن بطل ذلك عنه وان لم يحلف لزمه غرم ما حلف عليه

المرتهن ﴾ ش وهذا على ما قال انهما اذا اختلفا فى قدر الدين فقال الراهن عشرة وقال المرتهن
عشرون والرهن قائم بيد المرتهن يحلف حتى يحيط بقيمة الرهن قال وكان يبدأ باليمين لقبضه
الرهن وحيازته له * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وسواء عندى كان بيده أو وضع له على يد
عدل لأن يد العدل حائزة للمرتهن وقد قال ابن المواز يبدأ المرتهن باليمين لأن الرهن شاهد له فان
كانت قيمة الرهن عشرين دينارا فهو للمرتهن الا أن يشاء الراهن أن يعطيه ما حلف عليه و يأخذ
رهنه على ما ذكره مالك فى الاصل

(فصل) وان كانت قيمة الرهن أقل من العشرين التى سماها أحلف المرتهن على العشرين التى
معى بريدانه ان كانت قيمة الرهن خمسة عشر فله أن يحلف على العشرين التى ادّعى قال ابن المواز
ولو قال المرتهن لا أحلف الاعلى قيمة الرهن لكان له ذلك وحكى عبد الحق عن بعض شيوخه
القرويين انه انما يحلف المرتهن على خمسة عشر كما لو ادّعى عشرين وشهد له شاهد بخمسة عشر فانه
انما يحلف على الخمسة عشر التى شهد له بها شاهده دون العشرين التى ادّعاها وهذا الذى قاله مخالف
لنص المذهب على ما ثبت فى الاصل من قول مالك رحمه الله ولا أعلم فيه خلافا بين أصحابنا الا ما قاله ابن
المواز ان المرتهن مخير بين أن يحلف على العشرين أو على الخمسة عشر والفرق بين الرهن
والشاهد ان الرهن متعلق بجميع الدين والشاهد لا تعلق له بما لم يشهد به ألا ترى ان الراهن لو أقر
بالعشرين فان الرهن يكون رهنا بجميعها ولا يختص بقدر قيمتها منها ولو أقر بتصديق الشاهد لم يكن
لشهادته تعلق بغير الخمسة عشر التى شهد بها فجاز أن يقال انه يحلف مع الشاهد على خمسة عشر
و يحلف مع الرهن على العشرين التى ادعى (فرع) فاذا قلنا بالتخيير فحلف المرتهن على العشرين المرتهن
قيل للراهن اما أن تحلف وتسقط عن نفسك الخمسة الزائدة على قيمة الرهن واما أن تنكل فيدفع
اليه ما حلف عليه وان حلف المرتهن أولا على خمسة عشر فقد قال ابن المواز يحلف الراهن ليسقط
عن نفسه بقية دعوى المرتهن وهى ما زاد على قيمة الرهن فان نكل الراهن لم يقض للمرتهن بالزيادة
على قيمة الرهن لما تقدم من نكوله ووجه ذلك ان اليمين وجبت فى الخمسة الزائدة على قيمة الرهن
أولا على الراهن وكان للمرتهن أن يضيف اليمين فيهما الى يمينه التى له أن يحلف بها فى الخمسة عشر التى
شهد له بها الرهن فان امتنع من ذلك وحلف على الخمسة عشر فلا معنى ليمين الراهن لأن المرتهن قد
استحق جميعها بيمينه وشهادة قيمة الرهن ولو نكل المرتهن على اليمين جملة حلف الراهن على ان
جميع حقه عشرة فيكون يمينه فى الخمسة التى شهد بها الرهن مردودة عليه لأنها كانت للمرتهن
ابتداء بشهادة قيمة الرهن فلما نكل عنها ردت على الراهن وتكون يمينه فى الخمسة الاخرى
يمينا غير مردودة لأنها وجبت عليه ابتداء بمجرد دعوى المرتهن فان حلف سقطت عنه العشرة
بالوجهين المذكورين وان نكل لزمته الخمسة التى ردت عليه فيها اليمين لأن هذا حكم كل من نكل
عن يمين ردت عليه وأما الخمسة الاخرى فان قلنا ان امتناع المرتهن أولا من أن يحلف عليها نكول
مؤثر لأنه لا ترتيب بين نكول المدعى و يمين المدعى عليه أو نكوله فقد سقطت عن الراهن لوجود
نكول المرتهن عن اليمين التى حكمها ان ترد عليه وان قلنا انه غير مؤثر وليس له حكم النكول الا
بعد نكول الراهن لما يلزم بينهما من الترتيب فان له أن يحلف فيستحقها أو ينكل فتبطل دعواه
بها وبالله التوفيق (مسئلة) وان كانت قيمة الرهن خمسة عشر دينارا فقد روى يحيى عن ابن
القاسم ان قال الراهن أنا أدفع اليك خمسة عشر وآخذ رهنى فليس ذلك له الا أن يدفع عشرين

دينارا قال ابن نافع اذا دفع الراهن الى المرتهن قيمة الرهن كان أولى به قال الشيخ أبو محمد فى نوادره وهو تفسير قول مالك فى الموطأ وجه قول ابن القاسم ان حق المرتهن قد تعلق بجميع قيمة الرهن على نحو ما حلف عليه لان يمينه لما تعلقت بالعشرين ولم يكن لها محل من ذمة الراهن كان محلها الرهن يدل على ذلك انها لو زادت قيمة الرهن بعد اليمين وقبل البيع لكان ذلك كله للمرتهن فاقتضى ذلك أن يكون أحق بالعين حتى يعطى ما استوجب بيمينه وذلك العشرون دينارا ووجه قول ابن نافع ان الحق انما تعلق بقيمة الرهن دون عينه لان القيمة من جنس حقه دون عين الرهن فاذا أعطاه الراهن القيمة التى هى من جنس حقه كان له أخذ رهنه وفى كتاب ابن عبدوس ان شاء الراهن أن يعطى ما قال المرتهن والا بعث الرهن ودفعت اليه من ثمنه ما ذكر (مسئلة) ومتى تراعى قيمة الرهن قال ابن نافع فى النوادر ان كان الرهن قائما فقيمته يوم الحكم وان هلك فقيمته يوم قبضه ورواه عيسى عن ابن القاسم فى المدونة وفى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم ان الرهن يضمن بقيمته يوم الضياع وقال فى موضع آخر يوم الرهن فعلى قولنا باعتبار تضمين قيمته يوم الضياع يجب أن يعتبر بتلك القيمة فى مبلغ الدين والله أعلم وجه قول ابن نافع ان الرهن اذا وجد بعينه شهد بقدر الدين لوجوده يوم الحكم واذا عدم ضمن لقيمته فكانت القيمة فى ذلك تقوم مقام العين عند وجودها (فرع) وهذا اذا كان مما يضمنه المرتهن لكونه مما يغاب عليه فان كان مما لا يضمنه المرتهن اما لانه مما لا يغاب عليه أو لانه وضع على يد أمين أو قامت بضياعه بينة فقد قال ابن المواز القول قول المرتهن ما كان الرهن قائما وقال أصبغ فى العتبية فى الرهن يكون على يد أمين ثم يختلف الراهن والمرتهن فى قدر الدين القول قول الراهن مع يمينه لانه لم يضع الرهن فى يد المرتهن وجه قول ابن المواز انه رهن باق على حكم الرهن يستوفى منه المرتهن حقه فكان شاهدا بقدر الدين كالذى يضمن باليد ووجه قول أصبغ ما احتج به من انه غير مسلم اليه ولا مؤتمن عليه فلم يشهد لدينه وهذا التعليل لا يمنع شهادة ما لا يغاب عليه مع بقائه وتسليمه الى المرتهن وان علمنا بان ما لا يضمن من الرهون ولا يشهد قيمته عند ضياعه بقدر الدين فان عينه لا تشهد به مع بقائه كالوديعة (فرع) فان تلف ما لا يغاب عليه أو قامت بينة بضياع ما يغاب عليه ففى العتبية من رواية يحيى بن يحيى وأبى زيد عن ابن القاسم ليس على الراهن الا ما أقر به من قليل أو كثير مع يمينه ولا يعتبر بقيمة الرهن وجه ذلك أن الرهن قد بطل وحل منه الرهن فاشبه المداينة دون رهن

(فصل) وقوله ثم يقال للراهن اما أن تعطيه العشرين التى حلف عليها وتأخذ رهنك واما ان تحلف على الذى زعمت انك رهنته به ويبطل عنك ما زاد المرتهن على قيمة الرهن قال ابن المواز ان كان الرهن يساوى ما قال المرتهن أو أكثر لم تكن اليمين الا عليه وحده وان كان لا يساوى الا ما قال الراهن فاقل لم يحلف الا الراهن وحده لان يمين المرتهن لا تنفعه وان كانت قيمته أكثر مما أقر به الراهن أو أقل مما ادعاه المرتهن فههنا يحلفان ويبدأ المرتهن باليمين لان الرهن شاهد له على قدر قيمته من الدين (مسئلة) ولو اختلفا فى الدين فقال الراهن هو بمائة اردب حنطة وقال المرتهن انما ارتهنه بمائة دينار وقيمة الرهن مائة دينار قال أصبغ فى العتبية ان كان قيمة المائة التى أقر بها الراهن أكثر من قيمة مائة دينار فالراهن مصدق ويؤخذ منه فتباع بها الحنطة فيوفى وان كانت أقل فالمرتهن مصدق كالوصدقه فى كثرة النوع

(فصل) وقوله ثم يقال للراهن اما أن تعطيه الذى حلف عليه واما أن تأخذ رهنك واما أن تحلف على

الذى قلت و يبطل عنك مازاد على قيمة الرهن يريد أن يمينه تسقط عنه ذلك فانه ان نكل لزمه جميع ماحلف عليه المرتهن وان كان أضعاف قيمة الرهن ولو نكل المرتهن فقد قال ابن المواز يحلف الراهن ولا يغرم الا ماحلف عليه وجه ذلك أن يكون المرتهن مضعفا لدعواه وماشهد له به الرهن وغيره فلما حلف الراهن لم يجب عليه غير ما أقر به

(فصل) وقوله وان لم يحلف الراهن غرم ماحلف عليه المرتهن واضح فى ان المرتهن انما يحلف أولا على جميع الحق ولذلك اذا نكل ولم ترد عليه اليمين بنكول الراهن عنها وقد جعل هذا القائل من حجته ماقاله ان اليمين ترد عليه كأنه أمر قد سلم له قال ومن عيب هذا القول انه لو حلف على عشرين فوجب له أخذ خمسة عشر و يمين المطلوب على الخمسة الزائدة فنكل المطلوب أليس ترد اليمين على الراهن فيصير يحلف مرتين * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وعندى ان المسئلة تحتمل قولين فان قلنا ان يمين المرتهن أولا قدمت على موضعها ليسلم من تكرار اليمين عليه فيستحق بها و بنكول الراهن بعدها مازاد على قيمة الرهن لانه حق اجتمع فيه يمين المدعى ونكول المدعى عليه فوجب أن يقضى به كما لو تقدم نكول المدعى عليه وان قلنا ان تلك اليمين فيما زاد على قيمة الرهن ليست لاستحقاق تلك الزيادة وانما هى ليحق المرتهن بها دعواه دون أن يلزمه أو يقتضى منه فان نكول الراهن عن اليمين فيما يدعى عليه المرتهن يقتضى ردّ اليمين على المدعى وهو المرتهن فيحلف و يستحق بمنزلة مالو شهد له شاهد بخمسة عشر دينارا وهو يدعى عشرين فحلف مع العشرين مع شاهده بخمسة عشر فان المدعى عليه يحلف على نفى الخمسة فان نكل ردت اليمين على المدعى فيحلف فى الخمسة يمينا ثانية يستحقها بها (فرع) واذا نكل المرتهن أولا ثم نكل الراهن فقد قال ابن القاسم حكمهما اذا نكلا مثل حكمهما اذا حلفا لا يلزم الراهن الا قيمة الرهن قال ولا ألزم الراهن اذا نكل غرم ما ادّعاه المرتهن أولا لانه لما نكل لم يلزم غرم مازاد على قيمة الرهن حتى يرد اليمين على مدعيها فلما تقدم نكوله عنها لم يكن له منها شئ و يتخرج من هذا صحة ماتقدم نكول المدعى قبل نكول المدعى عليه أو يمينه على قول ابن المواز ولا يبعد هذا وقد تقدم فى القول الاول من نكول المرتهن و يمين الراهن فلا يكون على هذا القول بين نكول المدعى ونكول المدعى عليه أو يمينه ترتيب وعلى القول الثانى يكون بينهما ترتيب ولهذا تأثير فى مسائل كثيرة وأما اذا تلف الرهن بعد نكول المرتهن فانه لا يلزمه الا ما أقر به من الدين والله أعلم ص

﴿ قال مالك فان هلك الرهن وتناكرا الحق فقال الذى له الحق كانت لى فيه عشرون دينارا وقال الذى عليه الحق لم يكن لك فيه الا عشرة دنانير وقال الذى له الحق قيمة الرهن عشرة دنانير وقال الذى عليه الحق قيمته عشرون دينارا قيل للذى له الحق صفه فاذا وصفه أحلف على صفته ثم أقام تلك الصفة أهل المعرفة بها فان كانت قيمة الرهن أكثر مما ادّعى فيه المرتهن أحلف على ما ادعى ثم يعطى الراهن مافضل من قيمة الرهن وان كانت قيمته أقل مما يدعى فيه المرتهن أحلف على الذى زعم أنه له فيه ثم قاصوه بما بلغ الرهن ثم أحلف الذى عليه الحق على الفضل الذى بقى للمدعى عليه بعد مبلغ ثمن الرهن وذلك ان الذى بيده الرهن صار مدّعيا على الراهن فان حلف بطل عنه بقية ماحلف عليه المرتهن مما ادّعى فوق قيمة الرهن وان نكل لزمه مابقى من حق المرتهن بعد قيمة الرهن ﴾ ش وهذا على حسب ماقال ان المتراهنين اذا تناكرا وقد ضاع الرهن وكان مما يغاب عليه فقال المرتهن قيمة الرهن عشرة دنانير ودينى فيه عشرون دينارا وقال الراهن

قال مالك فان هلك الرهن وتناكرا الحق فقال الذى له الحق كانت لى فيه عشرون دينارا وقال الذى عليه الحق لم يكن لك فيه الا عشرة دنانير وقال الذى له الحق قيمة الرهن عشرة دنانير وقال الذى عليه الحق قيمته عشرون دينارا قيل للذى له الحق صفه فاذا وصفه احلف على صفته ثم أقام تلك الصفة أهل المعرفة بها فان كانت قيمة الرهن أكثر مما ادعى فيه المرتهن أحلف على ما ادعى ثم يعطى الراهن مافضل من قيمة الرهن وان كانت قيمته أقل مما يدعى فيه المرتهن أحلف على الذى زعم أنه له فيه ثم قاصوه بما بلغ الرهن ثم أحلف الذى عليه الحق على الفضل الذى بقى للمدعى عليه بعد مبلغ ثمن الرهن وذلك أن الذى بيده الرهن صار مدعيا على الراهن فان حلف بطل عنه بقية ما حلف عليه المرتهن مما ادعى فوق قيمة الرهن وان نكل لزمه مابقى من حق المرتهن بعد قيمة الرهن

قيمة الرهن عشرون دينارا ودينك فيه عشرة دنانير فانه يقال للمرتهن صفه لانه الغارم فاذا وصفه حلف على تلك الصفة اذا كانت أدون من الذى ادّعاها الراهن ثم قوم أهل المعرفة تلك الصفة التى حلف عليها المرتهن ثم ان كانت تلك القيمة أكثر من العشرين التى ادّعاها المرتهن من الدين احلف على ما ادّعى ثم يعطى الراهن ما فضل من قيمة الرهن عن دينه الذى حلف عليه وهذا قول مالك وأكثر أصحابه وذلك ان ما ثبت من قيمة الرهن باقرار المرتهن و يمينه بمنزلة ما ثبت من ذلك باتفاقهما عليه فكانا سواء فى الشهادة بقدر الدين ووجه ذلك أنه متفق عليه وانما أحلف المرتهن ليسقط عنه ما ادّعاه الراهن من قيمة الرهن زائدا على ما أقر به والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وان كانت قيمته أقل مما يدعى فيه المرتهن أحلف على الذى يدعيه ثم قاصوه بذلك من قيمة الرهن يريد اذا كان الدين من جنس قيمة الرهن واذا كان الرهن لا يعلم ضياعه الا بقول المرتهن وكان أصل الدين من سلم روعى فى ذلك أن يكون الرهن يجوز أخذه من رأس مال المسلم و يجوز أخذه من المسلم فيه فان كان الامران جائزين صحت المقاصة وان امتنع أحدهما امتنعت المقاصة مثال ذلك أن يكون الرهن دنانير ورأس مال المسلم دراهم فلا تجوز المقاصة لان ما أظهراه من السلم ملغى وما آل أمرهما الى سلم دراهم فى دنانير فان كان الرهن ورأس مال السلم دنانير من جنس واحد وكان الرهن أكثر لم تجز المقاصة لان ما آل أمرهما الى سلم دنانير فى أكثر منها وان كانت دنانير الرهن مثل دنانير رأس مال السلم أو أقل صحت المقاصة لتبعد التهمة (فرع) ولو كان الرهن عرضا من جنس ما سلم فيه قل أو كثر أجود أو أردأ لم تجز المقاصة قبل الأجل لما يدخله من ضع وتعجل أو الزيادة لحط الضمان وان كان مثله عددا وجودة فلا بأس به ولا بأس بذلك عند حلول الاجل وان كان الرهن عرضا من جنس رأس المال لم يجز أفضل جودة ولا عددا ولا أقل جودة وعددا وان حل الأجل وان كان مثله فلا بأس بذلك (فرع) وان كان رأس المال عرضا والرهن عرضا من غير جنسه فقد قال ابن ميسر يجوز ان يتقاصا بعد المعرفة بقيمة الرهن وهذا أصل متنازع فيه وهل يراعى فى ذلك قيمة الرهن ان كان رأس المال عينا قال أحمد بن ميسر ان كانت قيمته أكثر من رأس مال السلم لم يجز و يجوز ان كانت مثله فأقل ووجه ذلك أن القيمة عين من جنس رأس مال السلم فيدخله التفاضل بينهما وقد أنكر هذا غيره من أصحابنا الا انه ان كان الرهن باقيا فلا خلاف فى جواز سلف عشرة دنانير فيه وان كانت عينه قد تلفت ولزمته القيمة بعدت التهمة بل استحالت

(فصل) وقوله ثم احلف الذى عليه الدين فيما فضل من الدين عن قيمة الرهن لان الذى بيده الرهن مدع فيما زاد على قيمة الرهن فاذا احلف سقط عنه ذلك وان نكل لزمه ذلك مع قيمة الرهن لانه قد حلف المرتهن على اثبات ذلك لما لزمته اليمين فى اثبات ما يقابل من دينه قيمة الرهن فأضيف اليها اليمين على ما ادّعاه زيادة من الرهن على قيمة الرهن وجعلت يمينا واحدة لئلا يكون عليه اليمين فى حق واحد مع امكان افرادها وجمعها لكنه لما لم يتقدم له ما يقوى دعواه فى الزيادة لم يحكم له بها فان حلف الراهن أسقط عن نفسه هذه الزيادة فان نكل قوى نكوله ما تقدم من يمين المرتهن بها فحكم له بذلك وتقدمت يمين المرتهن بهذه الزيادة على نكول الراهن لما قدمناه والله أعلم

(فصل) وذكر فى هذه المسئلة يمينين على المرتهن احداهما على الصفة والثانية على اثبات الدين فيحتمل أن يريد أنهما يلزمانه منفصلين وذلك ان اليمين الأول تجب عليه قبل أن تجب الثانية ولا يمكن النظر فى أسباب الثانية الا بعد انفاذ اليمين الاولى لان الاولى تجب لاثبات الصفات ولا تجب الثانية

﴿ القضاء فى كراء الدابة والتعدى بها ﴾ • قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فى الرجل يستكرى الدابة الى المكان المسمى ثم يتعدى ذلك المكان ويتقدم أن رب الدابة يخير فان أحب أن يأخذ كراء دابته الى المكان الذى تعدى بها اليه أعطى ذلك ويقبض دابته وله الكراء الأول وان أحب رب الدابة فله قيمة دابته من المكان الذى تعدى منه المستكرى وله الكراء الأول ان كان استكرى الدابة البداءة فان كان استكراها ذاهبا وراجعا ثم تعدى حين بلغ البلد الذى استكرى اليه فانما لرب الدابة نصف الكراء الاول وذلك أن الكراء نصفه فى البدأة ونصفه فى الرجعة فتعدى المتعدى بالدابة ولم يجب عليه الا نصف الكراء الأول ولو أن الدابة هلكت حين بلغ بها البلد الذى استكرى اليه لم يكن على المستكرى ضمان ولم يكن للمكرى الا نصف الكراء قال وعلى ذلك أمر أهل التعدى والخلاف لما أخذوا الدابة عليه قال وكذلك أيضا من أخذ مالا قراضا من صاحبه فقال له رب المال لا تشتر به حيوانا ولا سلعا كذا وكذا السلع يسميها وينهاه عنها ويكره أن يضع ماله فيها فيشترى الذى أخذ المال الذى نهى عنه يريد بذلك أن يضمن المال ويذهب بربح صاحبه فاذا صنع ذلك فرب المال بالخيار ان أحب أن يدخل معه فى السلعة على ما شرطا بينهما من الربح فعل وان أحب فله رأس ماله ضامنا على الذى أخذ المال وتعدى قال وكذلك أيضا الرجل يبضع معه الرجل البضاعة فيأمره صاحب المال أن يشترى له سلعة باسمها فيخالف فيشترى ببضاعته غير ما أمره به ويتعدى ذلك فان صاحب البضاعة عليه بالخيار ان أحب أن يأخذ ما اشترى بماله أخذه وان أحب أن يكون المبضع معه ضامنا لرأس ماله فذلك له

بعد لان قيمة الرهن ان كانت أقل مما أقر به الراهن فلا معنى ليمين المرتهن لانه لا يجتلب بها منفعة ولا يقضى له بيمينه ولا ينظر فى القيمة التى هى سبب يمين المرتهن بقدر الدين الا بعد ثبوت صفة الرهن بيمين المرتهن الذى هو الغارم فاذا ثبتت الصفات بيمينه قومت تلك الصفات فاذا ثبتت قيمتها وكانت أكثر مما أقر به الراهن استحلف المرتهن والله أعلم ويحتمل أن يريد بذلك ذكر ما بيتنا وله اليمين من المعنيين المذكورين ولكنه لا يلزمه أن يفرقهما بل له أن يجمعهما فى يمين واحدة لكنه يمكن أن تقوم الصفة التى يقر بها المرتهن فاذا علم انها أقل من الدين حلف المرتهن يمينا واحدة ينفى بها من قيمة الرهن ما زاد على ما أقر به الراهن وتقدمها لنكول الراهن فيما ادعاه المرتهن من الدين زيادة على قيمة الرهن وهذا معنى قول مالك وأكثر أصحابه عندى والله أعلم

﴿ القضاء فى كراء الدابة والتعدى بها ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فى الرجل يستكرى الدابة الى المكان المسمى ثم يتعدى ذلك المكان ويتقدم أن رب الدابة يخير فان أحب أن يأخذ كراء دابته الى المكان الذى تعدى بها اليه أعطى ذلك ويقبض دابته وله الكراء الاول وان أحب رب الدابة فله قيمة دابته من المكان الذى تعدى منه المستكرى وله الكراء الاول ان كان استكرى الدابة البدأة فان كان استكراها ذاهبا وراجعا ثم تعدى حين بلغ البلد الذى استكرى اليه فانما لرب الدابة نصف الكراء الأول وذلك ان الكراء نصفه فى البدأة ونصفه فى الرجعة فتعدى المتعدى بالدابة ولم يجب عليه الا نصف الكراء الاول ولو أن الدابة هلكت حين بلغ بها البلد الذى استكرى اليه لم يكن على المستكرى ضمان ولم يكن للمكرى الا نصف الكراء قال وعلى ذلك أمر أهل التعدى والخلاف لما أخذوا الدابة عليه قال وكذلك أيضا من أخذ مالا قراضا من صاحبه فقال له رب المال لا تشتر به حيوانا ولا سلعا كذا وكذا السلع يسميها وينهاه عنها ويكره أن يضع ماله فيها فيشترى الذى أخذ المال الذى نهى عنه يريد بذلك أن يضمن المال ويذهب بربح صاحبه فاذا صنع ذلك فرب المال بالخيار ان أحب أن يدخل معه فى السلعة على ما شرطا بينهما من الربح فعل وان أحب فله رأس ماله ضامنا على الذى أخذ المال وتعدى قال وكذلك أيضا الرجل يبضع معه الرجل البضاعة فيأمره صاحب المال أن يشترى له سلعة باسمها فيخالف فيشترى ببضاعته غير ما أمره به ويتعدى ذلك فان صاحب البضاعة عليه بالخيار ان أحب أن يأخذ ما اشترى بماله أخذه وان أحب أن يكون المبضع معه ضامنا لرأس ماله فذلك له ﴾ ش قوله فيمن يكترى الدابة الى مكان مسمى ثم يتعداه بالتقدم أمامه فان لرب الدابة أن يأخذ كراء دابته الى الموضع الذى تعدى اليه مع الكراء الاول ويأخذ دابته وان أحب كانت له قيمة دابته من المكان الذى تعدى منه المكترى وله الكراء الاول يريد انه لما تعدى بالدابة وزاد على المكان الذى اكترى اليه ثبت له حكم التعدى ولحقه الضمان وذلك على قسمين أحدهما أن يرد

الدابة المكترى على حالها والثانى أن يردها وقد تغيرت فان ردها على حالها فلا يخلو أن يكون أمسكها فى تعديه امساكا يسيرا أو كثيرا فان كان انما أمسكها يوما أو أياما يسيرة ففى الموازية عن ابن القاسم اليوم وشبهه قال وقاله مالك فى البريد والبريدين وان كان اكتراها بالأيام ثم أمسكها أياما زائدة على أيام الكراء فلا ضمان عليه وانما له الكراء فى أيام التعدى مع الكراء الاول قاله مالك وأكثر أصحابه ووجه ذلك ان الدابة لم يؤثر فيها التعدى فى عين ولا قيمة ولا فوات أسواق فلم يلزمه ضمانها وعليه قيمة كرائها فى الأيام الزائدة رواه ابن القاسم عن مالك فى المدونة وغيرها (مسئلة) وأما ان حبسها الأيام الكثيرة قال فى المدونة الشهر وقال فى الواضحة مثل شهر ونحوه وقال أصبغ فى موضع آخر أياما كثيرة كحول وهذا هو الأصل فصاحبها مخير بين الكراء الاول وكراء ما تعدى بحبسها فيه وبين الكراء الاول ويضمنه قيمة دابته قاله ابن حبيب فى الواضحة وقاله ابن القاسم فى المدونة ووجه ذلك انه قد غصبه منافع الدابة دون الرقبة ومن منافعها بيعها فى أسواقها وقد فات ذلك فيها فعليه قيمتها لان ذلك بمنزلة بيعها (فرع) ومن قول مالك انه لو غصبه رقبتها وحبسها شهرا أو أشهرا ثم ردها بعد ذلك ولم تتغير لم يكن لصاحب الدابة أن يلزمه قيمتها والفرق بين الموضعين انه لما غصبه رقبتها سقطت عنه منافعها الضمانه رقبتها فاذا لم يغصبه رقبتها واستخدمها جورا وظلما لزمه الكراء فيما ركبها فيه واستخدمها والله أعلم (فرع) وأما الذى يجب عليه من كرائها قال ابن القاسم فى المدونة عليه كراؤها فيما حبسها فيه من عمل أو حبس بغير عمل وقد بسطنا القول فى هذا فى شرح المدونة وقال غيره ان كان معه فى مصر واحد يقدر على أخذها فكأنه راض بذلك وان كان فى غير مصره فهو مخير بين أن يردها وكراء المدة الاولى وله فى باقى الأيام الأكثر من حساب ذلك اليوم أو قيمة كرائها فيما حبسها فيه من عمل أو حبس بغير عمل وقد بسطنا القول على هذا فى شرح المدونة وان شاء أخذ كراء ذلك اليوم وقيمتها يوم حبسها ووجه قول ابن القاسم ان امساكها لما كان بغير عقد كراء لزمه كراء المثل فى مثل ما حبسها فيه كما لو تعدى باستخدامها من غير استئجار ووجه قول الغير انه اذا كان الكراء الاول قد تغابن فيه فالثانى لا يلزمه فيه غبن لانه لم يلتزمه وان كان الكراء الثانى بأكثر من قيمته فالمتعدى قد رضى به حين استدام العمل بعده بغير اذن ربه وبنحو رواية ابن القاسم قال الشافعى فى كراء المثل وقال أبو حنيفة لا كراء لصاحب الدابة والدليل على صحة ما نقوله انه قد غصب المنافع فكان عليه ضمانها كالاعيان

(فصل) وقوله فله الكراء الأول ان كان استكرى الدابة البدأة وان كان استكراها ذاهبا وراجعا ثم تعدى حين بلغ البلد الذى استكرى اليه الدابة من مصر الى برقة فلما بلغ برقة تعدى عليها فان صاحب الدابة له الكراء كله الى برقة ثم له بعد ذلك الخيار فى أخذ قيمة الدابة مع الكراء الى برقة ذاهبا وراجعا بعشرة دنانير نصفها للبدأة ونصفها للعودة ثم يكون الخيار فيما بعد ذلك على ما تقدم وانما جعل له النصف فى البدأة والنصف فى العودة بناء على أن قيمتهما سواء لتساويهما فى المسافة وهو الغالب من أحوال المسافة ولو اختلفت قيمة الكراء عند الناس فى البدأة أو العودة للزم التقويم والله أعلم (مسئلة) وان ردها وقد تغيرت فلا يخلو أن تكون تغيرت تغيرا كثيرا أو هلكت فان تغيرت تغيرا شديدا ففى الواضحة عن مالك فيمن رد الدابة ولم يمسكها الا أياما يسيرة فلا شئ لرب الدابة غير كرائها فى تلك الأيام وهو مخير بين كرائها وبين قيمتها وكذلك لو عطبت فى مدة التعدى والله أعلم وأحكم والتعدى يكون فى حبسها بقدر من الكراء ويكون فى أن يتعدى بها مكان الكراء ويكون

فى أن يحمل عليها مالم تكتر له فأما التعدى بتجاوز زمن الكراء فقد تقدم ذكره وأما التعدى بتجاوز مسافة الكراء فمثل أن يكترى دابة للركوب من مصر الى برقة فيركبها الى افريقية فهذا حكمه فى طول الامساك وقربه مثل ما تقدم فى الزيادة على زمن الكراء ان ردها سالمة فقد روى ابن حبيب عن مالك انه اذا لم يجاوز الأمد الا باليسير الذى لا خيار لصاحبها فيه اذا سلمت فليس لصاحبها الا كراء ما زاد ولو زاد كثيرا فيه الأيام التى تتغير فى مثلها سوقها من ربها ان ردها المتعدى سالمة على ما تقدم وان عطبت فى القليل أو الكثير فهو ضامن لها (فرع) ولو عدل عن طريقه الميل فقد قال مالك هو ضامن وصاحب الدابة بالخيار بين قيمة الدابة وبين كرائها وكذلك قال محمد عن ابن القاسم عن مالك فى زيادة الميل والميلين قال محمد وقيل انه ضامن ولو زاد خطوة وأما ما يعدل الناس اليه من الراحلة فلا يضمن فيه ووجه ذلك ان هذا العدول معتاد لانه لا بد للناس من العدول عن الطريق للنزول لراحة وغداء وغير ذلك فليس هذا العدول بتعد (فرع) ولو لم يعطب البعير الا بعد أن رجع الى المسافة التى اكترى لها وخرج سالما عن مسافة التعدى فقد روى ابن حبيب عن أصبغ وابن الماجشون انه ان كان لم يجاوز المسافة الا باليسير مما لا خيار فيه لصاحبها مع السلامة فليس له الا كراء الزيادة وأما ان زاد زيادة كثيرة أياما تتغير فيها أسواقها فهو ضامن لها كما لو ماتت فى مسافة الزيادة وقال ابن القاسم يضمنها وان كانت الزيادة يسيرة وروى عن مالك قال ابن حبيب وهو عندنا غلط من الرواية لانه روى عن مالك فيمن تعدى فتسلف من وديعة عنده ثم ردها فيها ما تسلفه ثم تلفت انه لا يضمن فهذا مثله (مسئلة) وانما له كراء مسافة التعدى على قيمة كراء ما تعدى وليس على قدر ما تكارى قال مالك فى المدونة ووجه ما قدمناه من أنه عمل بدابته بغير اذن ولا عقد بقدر أجرة العمل فلزمه كراء مثله أصل ذلك اذا لم يتقدم بينهما عقد كراء (مسئلة) وأما التعدى فى الحمل فعلى وجهين أحدهما الزيادة فيه من جنسه والثانى حمل غير ذلك الجنس فأما الزيادة فيه من جنسه ففى المدونة فيمن اكترى بعيرا ليحمل عليه عشرة أقفزة فحمل عليه أحد عشر قفيزا فلا ضمان عليه فى عطب البعير اذا كان القفيز يسيرا لا تعطب منه الدابة * وقال مالك فيمن اكترى دابة ليحمل عليها أرطالا مسماة فيحمل أكثر منها فعطبت ان كانت الزيادة يعطب من مثلها فلصاحب الدابة الكراء وكراء الزيادة أو قيمة الدابة يوم التعدى دون الكراء نخير فى ذلك وان كان يعطب من مثل تلك الزيادة فليس له الا الكراء الأول وكراء ما تعدى فيه وقال سحنون ان زاد فى الحمل ولو رطلا واحدا ضمن (فرق) قال عبد الملك والفرق بين هذا وبين الزيادة فى المسافة ان مجاوزة المسافة تعد كله فلذلك ضمنها فى قليله وكثيره وزيادة الحمل اذا اجتمع فيه تعد واذن فان كانت الزيادة يعطب من مثلها ضمن والا لم يضمن (فرع) فاذا قلنا ان له كراء الزيادة ان شاء ففى قول مالك له أجر مثل القفيز الزائد ما بلغ الا أن يكون مثل قفيز من العشرة التى اكترى عليها يريد انه ليس له القفيز الزائد من سعره ما أكرى منه العشرة الأقفزة لجواز أن يكون أحدهما غبن صاحبه فى عقد الكراء وانما له قيمة كراء مثله ما بلغت القيمة لانه لم يتقدم فيه عقد ويحتمل أن يريد بذلك مراعاة أجرة حمله زائدا على حمل الدابة لانه أضر من غيره والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما ان حمل غير الجنس الذى اتفق معه فلا يخلو أن تكون مضرته كمضرة ما تكارى عليه أو أشد فان كانت مثل مضرته فلا ضمان عليه وأصل ذلك أن الحمل لا يتعين عند مالك الا بجنس المضرة ولو اكترى رجل من حمال على حمل بعينه كان له أن يبدله بمثله مما مضرته مثل مضرته وليس له بدله بما هو أعظم ضررا

منه فالمراعى فى ذلك ماينضغط بثقله جانبى الدابة ويضربها أو الجفاء وعظم الحمل الذى يجفو على الدابة ويضربها من هذا الوجه فان كان اكترى على حمل وحمل ماهو أضر منه مما ذكرناه فعطبت الدابة فهو ضامن وان كان مثله فى المضرة فقد قال مالك فى المدونة فيمن اكترى بعيرا لحمل خمسمائة رطل بر فحمل عليه بوزنه ذهبا لاضمان عليه ان لم يكن ذلك أضر بالبعير * قال مالك وله أن يكريه ممن يحمل عليه مثل ذلك وله أن يحمل عليه خلاف ماسمى فيحمل القطن بوزن ماسمى من البر ولا يحمل بوزنه ماهو أضر منه ووجه ذلك ماتقدم (مسئلة) وهذا كله فى الاحمال وأما الراكب فقد يختلف حاله باختلاف أخلاق الناس مع تساوى أجسامهم فمنهم من فيه رفق ومنهم من فيه عنف وقد قال مالك لايعجبنى أن يكرى الرجل دابة فيحمل عليها غيره فقد يكون الراكب أخف من المكترى ولعله أخرق فى الركوب قال ابن القاسم فان حمل عليها من هو فى مثله فى الثقل والحال والركوب لم يضمن ولم يكن مالك يقف على قوله هذا وقوله المعروف الذى ثبت عليه انله أن يكريها من مثله فى حاله وخفته فان حمل عليها من هو أثقل منه أو غير مأمون فهو ضامن والخلاف الذى أشار اليه انما هو عندى فى ابتداء الكراء فقد استثقل مالك لمن اكترى دابة لركوبه أن يكريها من غيره الا أن يموت أو يقيم فقد جوزه مالك أيضا ولم يختلف قوله فى الاحمال قال ابن حبيب ومعنى ذلك فى الدابة معها صاحبها يتولى سوقها والحمل عليها والحط عنها فأما ان كان يسلمها الى المكترى فله منعه من الكراء من غيره لاختلاف سوق الناس ورفقهم وحياطتهم وتضييعهم لها (مسئلة) ولو أراد من اكترى شق محمل أن يعقب آخر فقد روى عيسى عن ابن القاسم ليس للجمال منعه قال أصبغ ان أعقب راكبا معه فذلك وان أعقب ماشيا فليس له ذلك لانه يكون أضر وأثقل والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وكذلك من أخذ مالا قراضا فقال ان رب المال مخير بين أن يدخل معه فى السلعة على ماشرطا أو يكون له رأس ماله يضمنه المتعدى وذلك انه لايخلو أن يظهر على ذلك قبل أن يبيع مااشترى أو بعده فان ظهر على ذلك قبل البيع فقد قال مالك فى الواضحة يباع عليه مانهى عن شرائه فان كان فيه فضل فهو على القراض وان كان نقصان ضمنه وان شاء رب المال ضمنه جميع الثمن وترك ذلك له وان شاء أمضى ذلك له على القراض فجعله فى هذه المسئلة على هذه الرواية مخيرا بين ثلاثة أوجه أحدها أن يعجل بيع السلعة فيكون ربحها على القراض وخسارتها على العامل المتعدى والوجه الثانى أن يعجل تضمينه اياها ويأخذ منه المال الذى سلمه اليه والوجه الثالث أن يبقى ذلك على القراض وذكر فى أصل الموطأ وجهين التضمين أو الابقاء على حكم القراض الذى كانا عقداه ويحتمل أن يكون الفرق بينهما انما هو فى تعجيل البيع وانه كان له ذلك لما ظهر من تعدى العامل ولو اشترى ما أمر به لم يكن لرب المال عليه تعجيل بيعه

(فصل) وقوله ان رب المال مخير بين أن يدخل معه فى السلعة على ماشرطا بينهما من الربح يريد ان كانا شرطا أن يكون بينهما الربح بنصفين فهو على ذلك وكذلك لو شرطا الأقل لأحدهما والأكثر للآخر كالثلث والثلثين أو غير ذلك من الأجزاء فان أحب صاحب المال أن يقر السلعة على القراض فانما يقرها على الأجزاء المتقدمة (مسئلة) وان لم يعلم بذلك حتى باع السلعة ففى الواضحة عن مالك ان المال على القراض فان بيعت بنقص ضمنه يريد انه ان كان فى ذلك ربح فهو على شرطهما فى القراض وان كانت فيه وضيعة ضمنه العامل المتعدى لانها لما بيعت بمثل العين الذى

هو رأس مال القراض ظهر الربح فيه والوضيعة فلرب المال حصته من الربح لانه نماء ماله وعلى العامل جميع الوضيعة لانها بسبب تعديه (مسئلة) ولو نهاه عن العمل بالمال وهو عين بعد فعمل به ففي كتاب محمد بن المواز وابن حبيب ان الربح للعامل والوضيعة عليه كالوديعة زاد ابن حبيب مالم يقر انه اشترى السلعة باسم القراض فان أقر بها فالربح على شرط القراض ولا يخرجه مالم يفوت بذلك غرضا فان فوت غرضا كان لصاحبه فيه

(فصل) وقوله وكذلك الرجل يبضع معه ليشتري سلعة مسماة فيشتري غيرها فان لصاحب البضاعة أن يأخذ ما اشترى بماله أو يضمنه اياه ومعناه أن المبضع معه قد تعدى على البضاعة ومنع صاحبها غرضه منها وأراد أن ينفرد بالانتفاع بها دون صاحبه فلا يخلو أن يعلم بتعديه قبل بيع ما اشترى به أو بعد ذلك فان علم به قبل أن يبيعه فانه على ما قال يخير رب البضاعة بين أن يأخذ السلعة التي ابتاع المبضع معه بماله وبين أن يضمنه ثمنها وان علم بذلك بعد ما باع المبضع معه السلعة ففي المدونة من رواية محمد بن يحيى عن مالك ان الربح للمبضع معه لانه قد ضمن البضاعة قال عيسى أمرني ابن القاسم أن أضرب عليها وأوقفها والمشهور عن مالك انه ان كان في ثمنها ربح فهو لصاحب البضاعة وان كان نقص فعلى المبضع معه وجه الرواية الأولى انه أمره بشراء جنس مخصوص فاذا فات ذلك بشرائه ما اشترى لنفسه فلم يوجد من المبضع معه الا الاستبداد بتلك المنفعة كالوديعة وبهذا خالف العامل في القراض فان قصد رب المال الربح فلما خالفه العامل أراد الاستبداد بالربح فلم يكن له ذلك وكان لرب المال أن يشاركه فيه على حسب ما تقدم ووجه الرواية الثانية ان رب البضاعة قد أمره بتصريفها في وجه مخصوص فاذا تعدى على البضاعة وأراد الانفراد بالانتفاع بها لم يكن له ذلك كالقراض وبهذا يخالف الوديعة فان الوديعة لم يأمره بتصريفها له في معنى من المعاني وانما أمره بحفظها وهذا الغرض لا يفوته بتصريفها فيما اشترى به لنفسه فلذلك لم يكن لرب الوديعة أخذ ما اشترى بها والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان باع المبضع معه ما اشترى بالبضاعة ثم ردها الى مكانها أو اشترى بها ما أمره به فتلف ففي المدونة من رواية محمد بن يحيى عن مالك لا ضمان عليه اذا أقام البينة بردها وقال عيسى عن ابن القاسم ليس عليه بينة ومعنى ذلك أن يكون اشترى المبضع مع سلعة لنفسه بالبضاعة ما باعه في الموضع الذي أمر بالشراء فيه وعلى الوجه الذي أمر به فلم يفت الشراء فكان لهذه البضاعة حكم الوديعة وانما يتعلق الضمان به لانه تسلفها وصيرها في ضمانه فلما ردّها قبل فوات ما أمر به سقط عنه الضمان واختلف أصحابنا في حاجته الى البينة في رد ذلك الى حال الوديعة وقد بينت ذلك في الوديعة بما يغني عن اعادته وبالله التوفيق

﴿ القضاء في المستكرهة من النساء ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب ان عبد الملك بن مروان قضى في امرأة أصيبت مستكرهة بصداقها على من فعل ذلك بها قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في الرجل يغتصب المرأة بكرا كانت أوثيبا انها ان كانت حرة فعليه صداق مثلها وان كانت أمة فعليه ما نقص من ثمنها والعقوبة في ذلك على المغتصب ولا عقوبة على المغتصبة في ذلك كله وان كان المغتصب عبدا فذلك على سيده الا أن يشاء أن يسلمه ﴾ ش المستكرهة لا يخلو أن تكون حرة أو أمة فان كانت حرة فلها صداق مثلها على من استكرهها وعليه الحد وبهذا قال الشافعي وهو مذهب الليث وروى عن علي بن أبي

﴿ القضاء في المستكرهة من النساء ﴾

* حدثني مالك عن ابن شهاب أن عبد الملك بن مروان قضى في امرأة أصيبت مستكرهة بصداقها على من فعل ذلك بها قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في الرجل يغتصب المرأة بكرا كانت أو ثيبا انها ان كانت حرة فعليه صداق مثلها وان كانت أمة فعليه ما نقص من ثمنها والعقوبة في ذلك على المغتصب ولا عقوبة على المغتصبة في ذلك كله وان كان المغتصب عبدا فذلك على سيده الا أن يشاء أن يسلمه

طالب رضي الله عنه وقال أبو حنيفة والثوري عليه الحد دون الصداق والدليل على مانقوله ان الحد والصداق حقان أحدهما لله والثاني للمخلوق فجاز أن يجتمعا كالقطع في السرقة وردّها قال مالك وسواء كانت حرة مسلمة أو ذمية أو صغيرة افتضها (مسئلة) وأما ان افتضها بأصبعه ففي كتاب ابن المواز من رواية أبي زيد عن ابن القاسم فيمن افتض بكرا بأصبعه وهي صغيرة أو كبيرة انها كالجائفة وفي ذلك ثلث ديتها وقال محمد وأحب ما فيه الى أن ينظر الى قدر ما نقصها ذلك عند الازواج مثل أن يكون مهر مثلها بكرا مائة ومهر مثلها ثيبا خمسون فيؤدي مانقص ذلك قال ابن حبيب عن أصبغ لانه جرح وليس بوطء (مسئلة) وان كان الذي افتضها صبيا فافتض صغيرة بذكره أو أصبعه قال ابن المواز فيه في قولنا الاجتهاد بعد رأي الامام ورأي اهل المعرفة وقد حكم فيه عبد الملك بأربعين دينارا وجه ذلك أنه جرح في الوجهين لانه يشين ويزهد في المرأة وان لم يشن الجسد فلذلك صرف الأمر فيه الى اجتهاد الامام (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان النساء على ثلاثة أضرب كبيرة وصغيرة لا تميز وصغيرة تميز فأما الكبيرة فهذا حكمها ان أكرهت وأما ان أمكنت من نفسها فعليها الحد ولا شيء لها لانها أباحت ذلك من نفسها وأما الصغيرة التي تميز ففي العتبية من رواية سحنون عن أشهب في الصبية تمكن من نفسها رجلا فيطؤها فان كان مثلها يخدع فعلها الصداق وان كان مثلها لا يخدع فلا صداق لها وان لم تحض (مسئلة) وبماذا يثبت الاكراه ان أقامت بينة به فهو أقوى ما فيه وهذا مالا خلاف فيه ولا يثبت هذا الا بشهادة أربعة شهداء انه زنا بها مكرهة فهذا الذي يلزمه الصداق لها ويجب عليه الحد بشهادتهم ولو شهد شاهدان قال ابن القاسم أو دون أربعة لحدوا بالقذف قال أصبغ لانهما قطعا عليه بالوطء (مسئلة) فان لم يشهد عليه بذلك ولكنه شهد عليه شاهدان باقراره أو أنهما رأياه أدخلها منزله غصبا فغاب عليها فقالت أصابني فقد قال سحنون عن ابن القاسم لها الصداق عليه مع يمينها ورواه ابن المواز عن مالك ولا حدّ عليها ولا على الشاهدين ووجه ذلك قوة الأمر بالبينة تشهد باحتمالها مكرهة والمغيب عليها ثم ما بلغته من فضيحتها فقوى ذلك دعواها واستحقت بيمينها صداقها والله أعلم (فرع) فان نظر اليها النساء فألفينها بكرا ففي كتاب محمد قال أما أشهب فلم ير لها شيأ قال أصبغ وقد قيل لها ذلك ولا يقبل قول النساء في ذلك وجه قول أشهب ان شهادة النساء بالبكارة تبطل ما ادّعته من اصابته اياها ووجه القول الثاني ان النساء فيما في أرحامهن مؤتمنات والحرائر لا ينظر اليهن والله أعلم

(فصل) فان لم يشهد لها بالاكراه ولا باحتمالها والمغيب عليها ولكن جاءت متعلقة به وهي تدمى ان كانت بكرا أو لا تدمى ان كانت ثيبا وقد فضحت نفسها ففي كتاب ابن المواز عن عبد الملك وغيره لا تحد هي لمارمته به ولم يفصل وفي ذلك ثلاث مسائل احداها أن لا تدمى ويكون المقذوف صالحا فقد روى ابن وهب وابن القاسم عن مالك عليها حدّ القذف قولا واحدا والثانية أن تكون تدمى فهذه فيها روايتان روى ابن وهب وابن القاسم عن مالك تحدّ وروى أصبغ عن مالك لا حد عليها والمسئلة الثالثة أن تدعى على رجل صالح فهذا لا حد عليه رواية واحدة رواها ابن حبيب عن مالك وابن الماجشون فوجه صرف الحد عنها انها مضطرة الى أن تخبر عن نفسها بما جنى عليها مخافة أن يظهر بها حمل ولا يسقط ذلك عنها الا بالتعلق به أو بعينه ان كان ممن يليق ذلك به فلما كانت مضطرة الى صرف الرجم والجلد عن نفسها كانت كالرجل يقذف زوجته ويسقط عنه الحد لما كان مضطرا الى ذلك لحماية نسبه وكان ما يأتي به من اللعان يقوي دعواه ويصرف الحد عنه وكذلك ما تبلغه

المرأة من فضيحة نفسها يقوى دعواها ويصرف الحد عنها ولها مع ذلك معنيان يقويان دعواها أحدهما التعلق به والثاني أن تكون دامية فان اجتمع لها ذلك فقد أتت بأكثر مما يمكن أن تأتي به من جهتها في تقوية دعواها فان قام ذلك مع صلاح المدعى عليه ثبت الخلاف المذكور عن مالك وأصحابه وجه اثبات الحد عليها ان صلاحه المشهور يشهد له ولم يوجد من خلوه بها على وجه التعدي منه مايشهد لها وكل موضع تشهد فيه الخلوة بالوطء فانه لا تقوم مقامه الدعوى كخلوة الزوج بالزوجة ووجه القول الثاني بنفي الحد عنها مايظهر بها من الدم الذي يدل على حدوث ماحل بها مع تعلقها به وهذه معان ظاهرة فيما تدعيه من الظلم لها مع ان هذا غاية ما يمكنها وضرورة صرفها الى حد الزنا عنها ان ظهر بها حمل * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا عندي يجب أن يكون حكم الثيب التي لا تدمى لانها محتاجة الى مثل ذلك في صرف حد الزنا عنها بما تتوقعه من ظهور الحمل بها والله أعلم وأحكم (فرع) واذا كان متهما فانه يعاقب ولا تحد هي اذا كانت بكرا تدمى سواء كان معها أو لم يكن بحضرة ذلك أو بغير حضرته وجه ذلك ان ابتداءها بالتشكي مع مايصدق من ظهور دمها يقوي دعواها (مسئلة) وليس عليها حد الزنا لاقرارها بمجامعة الرجل لها ولو ظهر بها بعد ذلك حمل لان مابلغته من فضيحة نفسها بالاستغاثة والتشكي مما جنى عليها شبهة في اسقاط الحد عنها في القذف فبأن يسقط عنها في حقوق الباري تعالى أولى (مسئلة) وليس على المدّعى عليه ان حلفت حد الزنا لان ذلك من حقوق الباري فلا يثبت الا ببينة وعليه ان كان متهما الأدب رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وكذلك ان لم يكن يعرف بسفه ولا حلم قال ابن حبيب ان كان متهما أدب أدبا وجيعا كانت تدمى أو لا تدمى قال عبد الملك وان كان ممن لا يليق ذلك به فلا حدّ عليه ولا أدب ولا عقاب (مسئلة) ولها صداق المثل عليه ان كان متهما أو لم يعرف حاله قاله ابن الماجشون وأشهب زاد ابن حبيب عن ابن الماجشون وان كان ممن لا يليق ذلك به فلا صداق لها وقال ابن المواز عن ابن القاسم لا صداق لها وان كان من أهل الدعارة الا أن يشهد رجلان أنه احتملها وخلا بها فيكون لها الصداق اذا حلفت وجه القول الأول ان وجوب الصداق متعلق بدعواها مع مابلغته من فضيحة نفسها وأما الخلوة بها فغير موجب لذلك لانه لو خلا بها ولم تدع اصابة لم يجب عليه صداق وجه قول ابن القاسم انه لم يثبت مايقوي دعواها وانما وجد منها مجرد الدعوى فلا تستحق بذلك صداقا كما لو ادّعت المرأة على الزوج الاصابة دون ثبوت الخلوة فلا يجب لها صداق ولو ادّعته مع ثبوت الخلوة لوجب لها الصداق (مسئلة) وهل يشترط يمينها في استحقاقها الصداق أصحاب مالك يقولون لا يجب لها الصداق الا بيمينها وروى ابن حبيب وابن المواز عن مالك اذا أتت متعلقة به فلها الصداق بلا يمين سواء كانت بكرا تدمى أو ثيبا لا تدمى وجه القول الأول ان دعواها قويت بما قارنها فلا تستحق بها شيأ الا بيمينها لانه لم يثبت شئ من دعواها ووجه القول الثاني ان مابلغت بنفسها لما أسقط عنها حد القذف وحد الزنى أوجب لها الصداق كالبينة بما قارنها

(فصل) وقوله ان كانت حرة فلها صداق مثلها وان كانت أمة فعليه مانقص من ثمنها تقدم الكلام في الحرة والكلام ههنا في الأمة وذلك ان من وطئ أمة غيره فان أكرهها فلا خلاف في المذهب ان عليه مانقصها بكرا كانت أو ثيبا ويريد بالثمن في هذا الموضع القيمة وفي العتبية من رواية أشهب عن مالك في الأمة الفارهة تتعلق برجل تدعى انه غصبها نفسها قال الصداق عليه لما بلغت من فضيحة نفسها بغير يمين عليها كانت بكرا أو ثيبا قال يريد في عدم مانقصها في الحد وقد اختلف في الزامه نقص الأمة

وصداق الحرة بهذا (مسئلة) فان طاوعته الأمة فقد قال ابن القاسم في المدونة عليه ما نقصها وقال غيره لاشيء عليه وجه قول ابن القاسم ان الصداق حق للسيد فلا يسقط باباحة الأمة كما لو أباحت له قطع يدها ووجه قول الغير انها محجور عليها فباباحتها الوطء سقط المهر كالبكر

(فصل) وقوله والعقوبة في ذلك على المغتصب ولا عقوبة على المغتصبة يريد على المغتصب ان ثبت ذلك عليه ببينة أو باقرار المرأة على ما تقدم ولا عقوبة على المغتصبة لان المكرهة في الزنى لاحد عليها وأما المكره على أن يزني فقال مطرف وسحنون لا يحل له ذلك وان هدد بالقتل فان فعل حد قال سحنون لانه لا ينتشر لذلك الا بلذة وأما المرأة فلا حد عليها * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والظاهر عندي خلاف هذا لانه قد يشتهي الانسان الخمر وأخذ مال غيره ويمتنع منه لله تعالى فاذا أكره عليه لم يفعله لالتذاذه به وانما يفعله للاكراه ولا يملك الانسان أن لا ينتشر ولو ملكه وفعله باختياره لكان بمنزلة تجرعه الخمر وغير ذلك مما يشتهيه ويمتنع منه لله تعالى فاذا أكره عليه كان له فعله ولم يوجب الحد التذاذه به والله أعلم وقد يحتمل أن يستدل على ذلك بان ما يوجب القتل من الافعال على وجه الاختيار يوجبه مع الاكراه كقتل المسلم ولا يلزمه على هذا الكفر لأنه ليس بفعل وانما هو اخبار عما في نفسه فاذا كان قلبه مطمئنا بالايمان فأكثر ما فيه انه كذب والله أعلم

(فصل) وقوله وان كان المغتصب عبدا فذلك على سيده الا أن يشاء أن يسلمه يريد أن العبد ان أكره حرة فصداق الحرة وما نقص الامة يغرمه السيد ومعنى ذلك ان جنايته متعلقة برقبته لأن سيده مخير بين ان يفتكه بالجناية بالغة ما بلغت أو يسلمه ولا شيء عليه غير ذلك فيكون ملكا لمن جنى عليه وهذا اذا ثبت عليه ذلك ببينة * وقال مالك في كتاب ابن المواز وما لزمه من صداق الحرة ونقص الامة ففي رقبته ويقبل اقرار العبد فيه بفور ما فعل ذلك وهي متعلقة به تدمى فأما ما فعل ذلك وهي متعلقة به تدمى بعد من فعله فلا يقبل قوله فيما يلحق برقبته * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ووجه ذلك عندي أن كل موضع تستحق فيه الحرة الصداق بيمينها فانها مستحقة في رقبة العبد ولا تأثير لقول العبد عندي وذلك ان اقرار العبد انما يقبل فيما يتعلق من الحدود بجسده فأما فيما يخرجه عن ملك سيده الى ملك غيره فلا يقبل فيه قوله (مسئلة) وان كان الواطئ ذميا ففي كتاب ابن المواز ان أكرهها قتل كنقض العهد في المحصنات المسلمات وقاله الليث قال ابن المواز وقد قتل أبو عبيدة ذميا استكره مسلمة وقد قال سحنون عن ابن القاسم في العتبية اذا اغتصب النصراني حرة مسلمة قتل وروي عن ابن وهب ان اغتصبها صلب ووجه ذلك ان اغتصابه المسلمة وتغلبه عليها نقض للعهد وتغليظ لحق الله تعالى فوجب عليه القتل (فرع) وبماذا يثبت اغتصابه قال سحنون عن ابن القاسم بأربعة شهداء وقد كان يقول يثبت بشهادة رجلين ثم رجع الى هذا وبه قال سحنون وجه اعتبار الاربعة ما احتج به سحنون من ان القتل لا يثبت الا بالوطء ولا يثبت الوطء الا بأربعة ووجه القول الثاني أن الاعتبار بالاكراه ولذلك لو لم يكن الاكراه لم يجب القتل والاكراه يثبت بشهادة رجلين (مسئلة) فان طاوعته فقد قال مالك في الموازية تحد هي وينكل هو والنكال في هذا مثل ضعف الحد وأكثر وقال ابن وهب يجلد جلدا يموت منه وان استكره أمة مسلمة قال ابن المواز لا يقتل لأنه لو قتلها لم أقتله وفيه اختلاف وهذا أحب الي لما جاء لا يقتل حر بعبد وقال مالك وعليه في الامة ما نقصها في البكر والثيب وهذا كله فيما يجب عليه بحق الاسلام وأما ما يلزمه من الحد ففي المدونة يرد الى أهل ذمته ووجه ذلك انه انما عقدت لهم الذمة لتنفذ بينهم أحكامهم

وشرائعهم والله أعلم وتقررهذا فى الحدود مستوعبا وبالله التوفيق لا رب غيره وهو حسبنا ونعم الوكيل

﴿ القضاء فى استهلاك الحيوان والطعام وغيره ﴾

ص ﴿ قال يحيى وسمعت مالكا يقول الامر عندنا فمين استهلك شيأ من الحيوان بغير اذن صاحبه ان عليه قيمته يوم استهلكه ليس عليه أن يؤخذ بمثله من الحيوان ولا يكون له أن يعطى صاحبه فيما استهلك شيأ من الحيوان ولكن عليه قيمته يوم استهلاكه القيمة أعدل ذلك فيما بينهما فى الحيوان والعروض ﴾ ش وهذا على حسب ماقال ان من استهلك شيأ من الحيوان ان عليه قيمته وكذلك العروض وكذلك كل ماليس بمكيل ولا موزون ولا معدود ومعنى قولنا معدود أن تستوى آحاد جلته فى الصفة غالبا كالبيض والجوز كما تستوى حبوب القمح والشعير من المكيل وآحاد العنب الموزون وأما جلة الحيوان من الرقيق والخيل وان استوى عددا فان آحاد جلته لا تستوى بل تتباين ولذلك يجوز أن يشترى عددا من جلة البيض والجوز غير معين ويكون للبائع تعيينها دون خيار يثبت لواحد منهما بشرط ولا يجوز أن يكون له بالقسمة والتعيين غير ذلك العدد وأما الرقيق والثياب فلا يجوز أن يشترى منها عددا من الجلة الا بالتعيين أو شرط الخيار لواحد منهما أو بمعنى الجزء الشائع فيحصل للمشترى بالقسمة على القيمة ذلك العدد أو أقل أو أكثر ولا يعتدله فى القسمة من جهة أعيانه وانما يعتدله من جهة قيمته والمكيل والمعدود والموزون انما يقسم بما يعتبر به من كيل أو وزن أو عدد يتعلق بعينه دون قيمته فعلى هذا كل ماليس بمكيل ولا موزون ولا معدود من استهلك شيأ منه فانما عليه قيمته وقال أبو حنيفة والشافعى مثله وقد روى ذلك عن مالك والاول هو الصحيح المشهور عنه والدليل على مانقوله مااحتج به بعض شيوخنا البغداديين وهو ماروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركاله فى عبد قوم عليه قيمة عدل ان كان له مال ودليلنا من جهة المعنى ان القيمة أعدل لانها تستوعب جميع صفاته ولا يكاد يجد مثل ماأتلف على جميع صفاته ودليلنا من جهة المعنى أيضا ان مالا يجوز الجزاف فى عدد مبيعه فانه لا يجب باتلافه المثل كالدور وقد احتج فى ذلك من لم يمعن النظر بحديث حميد عن أنس ان النبى صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فارسلت احدى أمهات المؤمنين بقصعة فيها طعام فضربت بيدها التى هو فى بيتها فكسرت القصعة وقد كان احتج به على بعض من يتعلق بذلك من أهل بلدنا ثم رأيت غيره قد أدخله فى تأليفه فخفت أن يكون قد ذهب عليه وجه تأويله فلذلك أوردته وأوردت بعض ما كنت جاوبت به عنه وذلك ان البيت الذى كان فيه صلى الله عليه وسلم بيته والظاهر ان مافيه له لاسيما ما يستخدم ويستعمل وكذلك البيت الذى وردت منه الهدية فيحتمل أن تكون القصعتان للنبى صلى الله عليه وسلم لكنه أرسل القصعة الصحيحة الى بيت التى أرسلت بقصعتها صحيحة وأبقى المكسورة فى بيت التى كسرتها تشعبها وتنتفع بها بدلا من الصحفة التى أخذت منها ولو سلمنا ان القصعتين للمرأتين لم يكن فى ذلك حجة اذا اتفق الجانى والمجنى عليه على الرضا بها وانما يجب ماقلناه من القيمة اذا أبيا ذلك أو أباه أحدهما ويحتمل أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم رأى ذلك سدادا فى الأمر فرضيته التى هو فى بيتها وانتقل الى الأخرى فرضيته وليس فى الأمر مايدل على ان احداهما أبت ذلك فحكم به فالحديث لا يتناول موضع الخلاف بوجه والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فاستهلاك الحيوان

﴿ القضاء فى استهلاك الحيوان والطعام وغيره ﴾

* قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فيمن استهلك شيأ من الحيوان بغير اذن صاحبه أن عليه قيمته يوم استهلكه ليس عليه أن يؤخذ بمثله من الحيوان ولا يكون له أن يعطى صاحبه فيما استهلك شيأ من الحيوان ولكن عليه قيمته يوم استهلاكه القيمة اعدل ذلك فيما بينهما من الحيوان والعروض

والعروض على ضربين أحدهما أن يستهلك الجملة والثانى أن يستهلك البعض واستهلاك الكل على قسمين أحدهما أن يتقدم على الاستهلاك غصب أولا يتقدم عليه غصب فاذا تقدم عليه غصب فان الضمان يتعلق بالغصب دون الاستهلاك لانه لو انفرد الغصب لضمن وقد روى ابن وهب عن مالك فى المجموعة فيمن غصب عبدا فمات من وقته من غير سبب فانه ضامن له بتعديه وقاله ابن القاسم فيمن غصب دارا فلم يسكنها حتى انهدمت انه ضامن لقيمتها خلافا لأبى حنيفة فى قوله ان ما لا يصح نقله كالأرضين والعقار فانه لا يضمن بالغصب والدليل على ما نقوله ان هذا معنى يضمن به ما ينقل ويحول فضمن به ما لا ينقل ولا يحول كالاتلاف والاستهلاك وقاله أشهب وان هلك بأمر من الله سبحانه وتعالى وجه ذلك ان الغصب تعلق يضمن به الغاصب فعليه أن يرد ما غصب ويسلمه الى صاحبه فان لم يفعل وفاته ذلك فعليه بدله من مثل أو قيمة ان كان مما لا مثل له (مسئلة) ومن غصب أم ولد رجل فماتت عنده ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم يضمن قيمتها على انها أمة لا عتق فيها وقال سحنون فى المجموعة لا يضمن ويضمن ولد أم الولد وجه القول الأول انها محبوسة بالرق فضمنت بالغصب كالامة ولان ابنها له حكمها وقد اجمعنا على انه يضمن بالغصب فكذلك الأم ووجه قول سحنون ان أم الولد لا يصح بيعها بوجه ولا تسلم فى جناية فلم يضمنها بالغصب كالحرة وفرق بين أم الولد وبين ولدها بان أم الولد لا تسلم فى الجناية ولا تستخدم وولدها يستخدم ويسلم فى الجناية فالغاصب له قد حبس منافعه فلزمه ضمانه

(فصل) وان أدرك المغصوب منه عين ماله فلا يخلو أن لا يدخله تغيير أو يدخله تغيير فان لم يدخله تغيير فليس له الا عين ماله ولا يؤثر فى ضمانه تغيير الأسواق بزيادة أو بنقصان ولا طول مدة وان كانت سنين كثيرة رواه فى المجموعة ابن القاسم عن مالك وان تغير الأسواق لا يؤثر فى حيوان ولا غيره وجه ذلك ان حوالة الأسواق غير مؤثرة فى عين ما غصبه الغاصب فلا يؤثر فى ضمانه (مسئلة) ومن غصب شيأ من ذلك فى بلد فوجده صاحبه بغير ذلك البلد ففى المجموعة من رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك ان له أن يأخذ العبيد والدواب حيث وجدهم ليس له الا ذلك وقال أشهب فى الحيوان والعروض ان له أن يأخذه حيث وجده أو يأخذ قيمته منه حيث غصبه وسيأتى بيان ذلك ان شاء الله تعالى ووجه قول مالك ان هذا مما ينتقل غالبا بغير مؤنة على الناقل فلا مضرة فى ذلك على الغاصب لانه لم يتوثق فى نقله الا ما كان يتوثق فى مقامه وكذلك صاحبه لا مضرة عليه فى رده ولا مؤنته بخلاف العروض وجه قول أشهب انه مغصوب نقل فثبت فيه الخيار لصاحبه كالعروض (مسئلة) وأما البز والعروض فربه مخير بين أخذه بعينه أو قيمته حيث غصبه وقاله أشهب قال سحنون البز والرقيق سواء انما له أخذه حيث وجده ما لم يتغير فى يديه وجه القول الاول انه قد ينقصه نقله من بلد الغصب الى غيره وذلك بفعل الغاصب فكان له مطالبته بالقيمة ووجه قول سحنون ما احتج به من انه نقص لا تأثير له فى البدن فلم يوجب الخيار للمغصوب منه كحوالة الأسواق (فرع) فان أخذه بغير بلاد الغصب فلا كراء عليه ولا نفقة ولا على الغاصب رده قاله أصبغ ولأشهب نحوه وقال المغيرة فى المجموعة فيمن تعدى على خشب رجل فحمله من عدن الى جدة بمائة دينار فان كان متعديا فلرب السلعة أن يكلفه رده الى عدن أو يأخذه حيث وجده ووجه ذلك انه وجد عين ماله على صفته فلم يكن له الا أخذه ولما نقله عن مكانه الغاصب كان عليه رده كما لو نقله الى مكان قريب (مسئلة) وأما تغير البدن ففى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم فى الأمة تتغير عنده

الغاصب تغيرا يسيرا أو كثيرا فان لصاحبها أن يأخذها أو يضمنه قيمتها قال ابن القاسم وهرم الجارية عند الغاصب فوت قال أشهب سواء كان ما أصابها من الهرم كثيرا أو يسيرا مثل انكسار اليدين ونحوه فان لصاحبها أن يضمنه القيمة ان شاء قال القاضي أبو محمد وهذا اذا كان ما دخلها من النقص بأمر من الله تعالى لا بفعل الغاصب وليس للمغصوب الا أخذها بغير ارش أو يضمنه قيمتها وليس له أخذها وما نقص لان الغاصب لم يضمن ما حدث بانفراده وانما يضمنه بضمان الجملة وأما ان كان ما نقص بفعل الغاصب فهل له أخذ الارش فيه خلاف قال ابن القاسم له ذلك وقال سحنون وابن المواز ليس له ذلك وانما له أخذها ناقصة بغير ارش أو اسلامها وأخذ قيمتها يوم الغصب وجه قول ابن القاسم انها جناية على ملك غيره كالمبتدأة ووجه القول الثاني انه مضمون بالغصب ولذلك لا يضمن بقيمته يوم الجناية وانما يضمن بقيمته يوم الغصب * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وقد وجدت لسحنون انه يضمن بقيمته يوم الجناية في العمد والله أعلم (مسئلة) ومن اغتصب وديا من النخل أو شجرا صغارا فغرسها في أرضه فكبرت ففي كتاب ابن المواز عن مالك لربها أخذها وكذلك الحيوان أو الرقيق يكبر وقال سحنون انما يحكم بقلع النخل اذا كان مما يعلق ان قلعت وغرست ووجه ذلك ان هذه زيادة في الرقيق فيقتضي انه ليس له غير حيوانه ورقيقه كالو سمنت وأما النخل والشجر فعندي ان الغاصب ان كان قلعها وقد علقت فان له أن يأخذ شجره أو يضمنه القيمة لانه ليس على ثقة أن تعلق ان قلعها وغرسها وان كان انما أخذها مقلوعة فهو بمنزلة الحيوان لا خيار له وانما يجب له الخيار في موضع النقص وقد قال ابن القاسم وأشهب فيمن غصب خمرا فخللها فليس لصاحبها الا أخذها وقال أشهب الا أن يكون صاحبها ذميا فله أن يأخذها أو يضمنه قيمتها خمرا يوم الغصب ووجه ذلك انه اذا كانت الخمر لمسلم فقد زادت بالتخلل ولم تنقص في حقه فلم يكن له الا عين ماله وان كانت لذمي فقد نقصت في حقه بالتخليل فلذلك كان له الخيار والله أعلم (مسئلة) واذا غاب الغاصب عن الجارية ولم يعلم انه وطئها فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان صاحبها بالخيار بين أن يأخذها أو يضمنه قيمتها قاله مالك وجميع أصحابه قال ابن حبيب ولسنا نقول ذلك في الرقيق المذكور ولا في الدواب ومعنى ذلك انه لا يؤمن على الغاصب أن يصيبها وذلك ينقص ثمنها وقال أصبغ وانما ذلك في الجارية الرائعة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان القيمة الواجبة في الغصب هي قيمة السلعة يوم الغصب سواء زادت بعد ذلك عند الغاصب أو نقصت قاله مالك وأصحابه وقد قاله ابن القاسم وأشهب في الموازية فيمن غصب جارية صغيرة تساوي مائة فلما كبرت وصارت قيمتها ألفا ماتت فانه يضمن قيمتها يوم الغصب قال أشهب فيمن جرح عبدا قيمته مائة دينار فمات وقيمته ألف فانه يضمن قيمته يوم الجرح وهذا اذا ماتت بغير فعل الغاصب فاما ان ماتت بسببه مثل أن يقتلها وقد زالت فقد قال ابن القاسم وأشهب لا يضمن الا قيمتها يوم الغصب وقال سحنون في المجموعة القتل فعل ثان وقال ان له أخذه بالقيمة يوم القتل ثم رجع الى قول ابن القاسم وأشهب قال ابن القاسم وأشهب ولو باعها وهي تساوي ألفين بألف وخمسمائة لم يكن له الا قيمتها يوم الغصب (مسئلة) ولو فقأ الغاصب عمدا أو خطأ عين الجارية أو قطع يدها فليس لربها الا قيمتها يوم الغصب أو يأخذها ولا شيء له وقاله ابن المواز وقال ابن القاسم في الموازية والمجموعة وغير موضع له أن يأخذها وما نقصها قال الشيخ أبو محمد يريد يوم الجناية قال سحنون وهذا خلاف ما قاله ابن القاسم في القتل ان عليه قيمتها يوم الغصب فيأخذها ومثل قيمتها أو أكثر فيأخذ في اليد ما لا يأخذ في النفس وانما له

أخذها ناقصة فقط أو قيمتها يوم الغصب وقد تقدم فى القتل لسحنون مثل قول ابن القاسم فى قطع اليد ثم رجع عنه

(فصل) وأما ان عرا الاستهلاك والتعدى من الغصب فانما له القيمة يوم الاستهلاك وقد قال مالك فى المجموعة فيمن تعدى فوطئ أمة رجل وقيمتها مائة فحملت أو لم تحمل ثم قام صاحبها وقيمتها خمسون فعليه قيمتها يوم الوطء وهى فى ضمانه من يومئذ وعليه فى الغصب قيمتها يوم الغصب لا ينظر الى ما بعد ذلك وجه ذلك ان الغصب معنى تضمن به فلا ينظر الى ما حدث بعده وأما التعدى فلم يتقدمه ما يوجب الضمان فكان ذلك أول حالى الضمان فكان الاعتبار به (مسئلة) وأما ان استهلك بعض العين أو أدخل عليها نقصا فلا يخلو أن يكون يسيرا أو كثيرا فان كان يسيرا فان لصاحبها أخذها وقيمة ما نقصت الجناية منها قال ابن المواز ولم يختلف فى هذا قول مالك وابن القاسم وأشهب كانت جنايته خطأ أو عمدا ويخالف ذلك الغصب فانه يلزمه الضمان بالفساد اليسير لتقدم الغصب الموجب للضمان وقد قال ابن المواز وأشهب عن ابن القاسم فيمن كسر قصعة أو فقها أو شق ثوبا أو كسر سرجا فان فى النقص الكثير قيمته وفى اليسير ما نقصه قال أشهب بغير خياطة ورواه عن مالك وقال ابن القاسم بعد رفوه ومعنى ذلك عندى ما يليق بالثوب من خياطته أو رفوه وهذا عندى اذا كان اليسير لا يبطل المنفعة المقصودة من الحيوان فاذا بطلت المنفعة المقصودة منه لزم الجانى جميع قيمته وقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ فى الذى يقطع ذنب فرس أو حمار فاره أو بغل مما يركب مثله ذو والهيآت فانه يضمن جميع قيمته لانه أبطل الغرض فيه بخلاف العين والأذن وهذه المسئلة ذكرها القاضى أبو محمد وغيره من أصحابنا البغداديين وسوى بين الأذن والذنب فى ذلك وهو الأظهر خلافا للشافعى وأبى حنيفة فى قولهما انما فى ذلك ما بين القيمتين والدليل على ما نقوله ما احتج به القاضى أبو محمد انه أتلف بهذه الجناية الغرض المقصود من هذه العين فلزمه ضمانها كما لو أتلف جميعها (مسئلة) ومن تعدى على شاة فقل لبنها فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان كان عظم ما يراد اليه اللبن فعليه قيمتها ان شاء ربها وان لم تكن غزيرة اللبن فانما يضمن ما نقصها وأما البقرة والناقة فانما يضمن ما نقصها وان كانت غزيرة اللبن لان فيها منافع غير اللبن وقاله أصبغ (مسئلة) ومن قطع يد عبد غيره أو فقأ عينه قال أشهب فى المجموعة والموازية ان عليه ما نقصه فجعل قطع اليد أو فقء العين فى حيز اليسير وقال وأما قطع اليد الواحدة فى البهائم فيبطل جل منافعها أو جميعها أن عليه القيمة وأما فقء العين وقطع الأذن أو الذنب أو كسرها كسرا ينجبر فيه فان عليه ما نقصها وقاله مالك وعمر بن عبد العزيز وأبو الزناد وروى فى المجموعة أشهب عن ابن كنانة عن مالك فى قطع يد العبد وفقء العين أن ربه مخير بين أخذ ما نقصه أو يضمنه قيمته فجعله فى حيز الكثير وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فيمن قطع يد عبد فان كان صانعا وعظم قدره لصنعته ضمنه وان لم يكن صانعا فقيمة ما نقصه وان كان تاجرا نبيلا وأما فقء العين ففيه ما نقصه وان كان صانعا

(فصل) وأما اذا كان الفساد كثيرا فقد قال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة والموازية فيمن كسر قصعة أو سرجا أو فقها أو شق ثوبا أن فى النقص الكثير قيمته (مسئلة) ومن قطع يد عبد أو رجليه أو فقأ عينه فقد قال أشهب فى المجموعة والموازية يلزمه قيمته وقاله ابن كنانة عن مالك وكذلك ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون قال أشهب فى كتاب محمد الا أن يرى انه بعد العمى وقطع

اليدين لم تذهب أكثر منافعه وروى أشهب عن ابن كنانة عن مالك فيمن قطع يد عبد عمدا أو فقأ عينه عمدا خير ربه بين أخذ مانقصه أو يضمنه جميعه قال أشهب اذا أذهب قطع يده الواحدة أكثر منافعه فليس لسيده الا قيمته وان لم يذهب أكثر منافعه فربه مخير كما قال مالك فعلى هذا يتنوع الفساد عند مالك نوعين يسير يجب به مانقص وليس له تضمينه وكثير اختلف قوله فيه فمرة قال ليس له الا القيمة وهو الذى روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فيمن قطع رجلى عبد أو يديه أو فقأ عينيه فقد لزمته قيمته كلها وليس لسيده أن يختار امساكه ويأخذ مانقصه وكذلك غير العبد من عرض أو غيره ومرة قال هو مخير بين أخذه ومانقص أو أخذ قيمته قال ابن المواز والى هذا رجع مالك فى الفساد الكثير ويتنوع الفساد عن أشهب الى ثلاثة أنواع أحدها يسير ليس الا مانقص والثانى أن ينقص الكثير ولا يذهب أكثر المنافع فهذا يكون صاحب السلعة مخيرا على ماذكر وأما اذا أتلف أكثر المنافع فليس لصاحبه الا القيمة وقد قال أشهب فى الثوب والعبد اذا كان له تضمينه القيمة بكثرة الفساد فليس له أن يأخذه ويأخذ مانقصه وانما له أخذه بحاله ولا شئ له غيره أو يلزمه قيمته جميعه وكذلك ذابح الشاة فليس لصاحبها أن يأخذها لحما ويأخذ مانقصها قال ابن المواز وهو أحب الى لانه لما لزمته القيمة لم يكن له أن يأخذ القيمة عن غير العين الذهب أو الورق وليس له أن يأخذ سلعته وبعض القيمة ولا يأخذ غير القيمة الا باجتماع منهما على أمر جائز الا أن يرضى صاحب السلعة أن يأخذها ناقصة دون شئ فذلك له واحتج أشهب انه كما ليس له أن يضمنه فى اليسير كذلك ليس له فى الكثير أن يأخذ سلعته ومانقصه ص ﴿ قال يحيى وسمعت مالكا يقول فيمن استهلك شيأ من الطعام بغير اذن صاحبه فانما يرد على صاحبه مثل طعامه بمكيلته من صنفه وانما الطعام بمنزلة الذهب والفضة انما يرد من الذهب الذهب ومن الفضة الفضة وليس الحيوان بمنزلة الذهب فى ذلك فرق بين ذلك السنة والعمل المعمول به ﴾ ش وهذا على حسب ماقال ان من استهلك شيأ من الطعام تعديا فان عليه مثله فى الكيل والصفة وهذا اذا كان معلوم الكيل وكذلك مايوزن ويعد على ماقدمناه فان كان غير معلوم القدر فان عليه قيمته لحوز صبرته ويكون عليه قيمتها لانه لو دفع اليه مثل ماحوز فيها لم يأمن أن يدفع اليه عن صبرته حنطة أكثر منها أو أقل فيؤدى الى التفاضل فى الطعام (فرع) وهذا قبل الحكم عليه بالقيمة فأما اذا حكم عليه بالقيمة فقد روى سحنون عن أشهب فى العتبية فيمن غصب صبرة قمح فأراد الغاصب أن يصالح منها على كيل من القمح فان كان قد ألزم الغاصب القيمة بحكم أو صلح فلا بأس أن يأخذ منه بتلك القيمة كيلا من القمح وأما قبل ذلك فلربها أن يقيم البينة انها عشرون اردبا ويأخذ ذلك الا أن يصالحه من المكيل على مالا شك فيه يريد لا شك انه أقل من حقه قال وكذلك من غصب خلخالا فضة ويلزمه قيمتها من الذهب (مسئلة) ومن خلط قمحا لرجل بشعير لغيره ضمن لكل واحد منهما مثل طعامه قاله ابن القاسم وأشهب ووجه ذلك انه قد أتلف عين طعام كل واحد منهما ومنعه الوصول الى قبضه (فرع) فان لم يكن للجانى مال بيع الطعام المخلوط واشترى من ثمنه لكل واحد منهما مثل طعامه قاله أشهب قال فان فضل شئ فللجانى وان نقص شئ فعليه الا أن يشاء صاحبا الطعام أن يتركا طلب الجانى ويأخذا الطعام ويقتسمانه بينهما وقد جوزه ابن القاسم وأشهب واختلفا فى صفة الاشتراك فيه فقال ابن القاسم يشتركان فى الطعام المختلط أحدهما بقيمة قمحه والآخر بقيمة شعيره وقال أشهب لا يجوز أن يشتركا فيه الا على السواء ان كانت مكيلة طعامهما سواء ولا يجوز على التفاضل فيه لأن ذلك

قال يحيى وسمعت مالكا يقول فيمن استهلك شيأ من الطعام بغير اذن صاحبه فانما يرد على صاحبه مثل طعامه بمكيلته من صنفه وانما الطعام بمنزلة الذهب والفضة انما يرد عن الذهب الذهب وعن الفضة الفضة وليس الحيوان بمنزلة الذهب فى ذلك فرق بين ذلك السنة والعمل المعمول به

يؤدي الى التفاضل بين القمح والشعير وقال سحنون ليس لهما أن يتركاه للغاصب ويأخذا الطعام المختلط على التساوي ولا على القيمة (مسئلة) ولو خلط زيتا بسمن أوسمن بقر بسمن غنم يضمن ماضاع منه ومابقي ولو خلط نوعا واحدا كزيت بزيت أوسمنا بعسل أو بزيت أوسمنا بسمن فضاع بعضه ضمن ماضاع ومابقي ولصاحبي ذلك أن يقتسماه بشطرين أو بدعاه وما كان من جنسين كالسمن والعسل فلهما أن يصطلحا فيه على الثلث والثلثين كان أحدهما باع ثلث سمنه بثلثي عسل صاحبه قال ذلك أشهب وجه ذلك ان خلط النوع الواحد جناية على من خلط ماله بمال غيره لاسيما أن التساوي المحقق في الاغلب غير موجود فلذلك لزمه الضمان فاذا كان مما لايجوز بينهما التفاضل لم يجز أن يقتسماه عند أشهب الا على التساوي لأن التفاضل يحرم فيه وان كانا مما يجوز فيه التفاضل كالعسل والسمن جاز ان يقتسماه على ماتراضيان عليه لأن التفاضل فيهما غير ممنوع والله أعلم وقد تقدم قول ابن القاسم وسحنون في مثل هذا (مسئلة) وهذا فيما لا يمكن تمييز بعضه من بعض فأما ما يمكن فيه ذلك فقد قال أشهب فيمن خلط جوز رجل بحنطة آخر انه لايضمن لأنه يقدر على تخليص ذلك بلا مضرة على القمح والجوز قال وكذلك خلط الجوز بالرمان والرمان بالاترج والتفاح الا أن يكون خلطهما يفسد أحدهما فيضمن الذي يفسد بالخلط وان كانا يفسدان بذلك ضمنهما ولو تلفا قبل الفساد قال ابن المواز كيف يضمنهما قبل أن يفسدا والخلط ليس بموجب للضمان وانما يوجبه الفساد (مسئلة) ومن غصب قمحا فطحنه قال ابن القاسم في المجموعة عليه مثله وقال أشهب في غيرها يأخذ صاحب القمح دقيقه ولاشئ عليه في طحينه وأصل ابن القاسم في هذا مخالف لأصل أشهب وذلك أن ابن القاسم يقول ان الغاصب اذا صنع فيما غصب صناعة لم يكن للمغصوب منه أن يأخذ ذلك الا بأن يدفع الى الغاصب قيمة تلك الصناعة والا ضمنه ما غصبه اياه فان كان ثوبا صبغه الغاصب كان لصاحبه أن يدفع اليه قيمة صبغه أو يضمنه قيمة ثوبه وان كان مما له مثل فكذلك يدفع اليه قيمة صناعته أو يأخذ منه مثل ماله ولا يجوز ذلك في الحنطة لأنها حنطة ودراهم بدقيق ولا يجوز فيهما التفاضل وأشهب يقول ان مايصنعه الغاصب في ذلك كله يبطل وللمغصوب منه أن يأخذ الثوب ولايعطيه قيمة الصبغ ويأخذ الحنطة ولايعطيه قيمة الطحن واتفقا في المجموعة على انه من غصب حنطة فطحنها سويقا ولته فليس لربها أخذ ذلك فان لم يكن للغاصب مال بيع السويق فاشتري من ثمنه مثل الحنطة فما فضل فللغاصب وما نقص اتبع به قال أشهب وليس كذلك الثوب يصبغ والثوب يقطع والعمود يدخل في البنيان لأن اسم ذلك قائم بعد واسم القمح قد زال وانتقل الى اسم السويق قال سحنون كل ماغير حتى يصير له اسم غير اسمه فليس له أخذه وهو فوت وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان لرب الحنطة أن يأخذها اذا طحنها الغاصب سويقا أو يضمنه مثلها ولا حجة للغاصب في الصنعة لما روي انه ليس لعرق ظالم حق واتفق أشهب وابن القاسم على أن من غصب ثوبا فجعله ظهارة أو بطانة لجبة أو جعله قلانس فان لربه فتقه وأخذه أو أخذ قيمته وذلك انه عند أشهب لم ينقل عن اسمه وعند ابن القاسم ليس فيه غير صناعة يجب على صاحب الثوب قيمتها (مسئلة) ومن غصب عمودا أو خشبة فأدخلها في بنيانه فان لصاحبها أن يأخذها وان خرب البنيان قاله مالك وأشهب وابن القاسم ولو عمل الخشبة بابا لم يكن له أن يأخذه * قال مالك لأنه لايقدر أن يعيده الى ما كان عليه وعلى قول أشهب قد انتقل عن اسم الخشبة الى اسم الباب وليس له أخذ الباب دون غرم قيمة الصنعة ولا أن يأخذه ويدفع قيمة الصنعة لأنه قد حال الى غير ما كان عليه قال وكذلك

الحنطة تخذ خبزا والجلد خفافا (مسئلة) ومن غصب فضة فصاغها حليا أو ضرب بها دراهم أو غصب دراهم فصاغها حليا أو غصب حليا فكسره وصاغ منه حليا آخر يخالفه أو نحاسا فصنع منه آنية أو حديدا فصنع منه سيوفا أو آنية فقد قال أشهب وابن القاسم ليس لرب المال هذا أخذ ذلك وله مثل وزن فضته ونحاسه وحديده ومثل دراهمه وقيمة الحلى قال أشهب وليس له أن يعطيه قيمة الصنعة لما في ذلك من التفاضل بين الفضتين ولان يذهب بصنعته باطلا وليس كالحنطة يطحنها سويقا لان التفاضل بين الحنطة والسويق وان لم يلت جائز وقد تقدم من قوله ومن قول ابن القاسم في السويق ما يجب أن يتفاضل وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن غصب فضة فصاغها حليا ان لربها أخذها أو يضمنه مثل فضته لانه لا حق لعمل ظالم ووجه ذلك انه يمكن ردها الى ما كانت معه عليه كالجذع والحجر يدخل في البنيان وهذا يخالف صبغ الثوب وطحن القمح لانه لا يمكن ان يعاد الى ما كان عليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان المستهلك من أحدهما مجهول العدد لزمت فيه القيمة أيضا لان اعتبار المثل مع الجهل بالوزن لا يكاد يسلم فيه من التفاضل بين الذهبين والورقين وذلك ممنوع باتفاق (مسئلة) ومن غصب كتانا معزولا أو منقوشا فغزله ثم نسجه ثوبا فعليه مثل الكتان فان لم يوجد مثله فقيمته يوم استهلاكه رواه ابن المواز عن أشهب قال وقال ابن القاسم عليه قيمة الغزل وجه ذلك انه عند أشهب قد انتقل الى اسم آخر وعند ابن القاسم قد انتقل الى جنس آخر يجوز التفاضل بينه وبين ما غصبه مع النساء والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن وجد طعامه بغير بلاد الغصب ففي كتاب ابن المواز عن أشهب هو مخير بين أخذه وأخذ مثله في موضع الغصب وقال سحنون لا أعرف قول أشهب هذا وانما له أخذه بمثله في موضع الغصب وكذلك روى أصبغ عن أشهب في العتبية والموازية وقاله ابن القاسم في الطعام والادام وكل ما يوزن أو يكال قال أصبغ ان كان البلد البعيد فالقول ما قال ابن القاسم وان كان قريبا كبعض الارياف والقرى ويحمل على الظالم بعض الحمل وجه قول أشهب ان نقله الى بلد آخر اما أن يكون زيادة لا غبن لها فذلك لا يمنع صاحب الحق من أخذه حقه وقد وجده بعينه أو يكون نقصا في الصفة فقد رضي بها وجه قول ابن القاسم ان الحمل زيادة في الطعام ليس له أن يعطي عنها عوضا لما يدخل ذلك من التفاضل بين الطعامين الذي وجب له بالنقل والذي نقل ولذلك يجبر صاحب الطعام فيهما ولا يجوز أيضا المسامحة بقدر الحمل لانه يؤدي الى ذلك والله أعلم (مسئلة) فاذا قلنا انه ليس له الا القيمة واذا اختارها صاحب الطعام على قول أشهب فلا يرفع الطعام المنقول الى الغاصب حتى يتوثق منه قال أشهب يحال بين الغاصب وبين الطعام حتى يوفي المغصوب منه حقه وقال أصبغ يتوثق له بحقه قبل أن يخلي بينه وبينه وقاله ابن المواز (مسئلة) ولو أتلف عسلا أو سمنا ببلد فلم يجد فيه مثله فقد حكى ابن المواز عن ابن القاسم عليه أن يأتيه بمثله وله أن لا يأخذ قيمته الا أن يصطلحا على أمر يجوز وقال أشهب رب الطعام مخير ان شاء صبر وألزمه المثل يأتي به وان شاء ألزمه القيمة الآن وقال ابن عبدوس اختلف في هذا كما اختلف في الفاكهة يسلم فيها فينقضي ابانها وقد بقي بعضها فالصبر حتى يؤتى بالطعام من هذا أخير كالصبر حتى يأتي ابان الثمرة الى قابل قال ابن القاسم يلزم الطالب التأخير فيهما وقال أشهب يرد اليه رأس ماله في السلم ولا يجوز التأخير وقال في الطعام يأخذ قيمة الطعام ان شاء وان شاء أن يؤخر وهذا على أصله فسخ دين في دين وانما ينظر فان كان الموضع الذي يوجد فيه ذلك على يوم أو يومين أو ثلاثة أو الأمر القريب فليس له الا مثل طعامه يأتيه به وان كان على الطالب في تأخيره

قال يحيى وسمعت مالكا يقول اذا استودع الرجل مالا فابتاع به لنفسه وربح فيه فان ذلك الربح له لأنه ضامن للمال حتى يؤديه الى صاحبه

ضرر أو كان استهلكه فى لج بحر أو سفر بعيد فعليه قيمته حيث استهلكه يأخذه به حيث لقيه

(فصل) وقوله وانما الطعام بمنزلة الذهب والفضة يرد من الذهب الذهب ومن الفضة الفضة وذلك ان الذهب والورق لا يخلو أن أيضا أن يكونا معلومى القدر أو غير معلومى القدر فان كانا معلومى القدر فلا يخلو أن يكون غير مصوغ أو مصوغا فان كان غير مصوغ مثل أن يكون تبرا أو مضروبا فان هذا فيه المثل يرد من الذهب ذهبا ومن الفضة فضة فى مثل ذلك القدر والصفة لان التماثل فيها موجود غير معدوم وانما يعدل الى القيمة اذا عدم التماثل (مسئلة) فان كان الذهب أو الفضة مصوغين فان عليه قيمته فى مثل تلك الصياغة ان كان المستهلك ذهبا فقيمته من الفضة وان كان فضة فقيمته من الذهب رواه ابن القاسم عن مالك وجه ذلك ان الصياغة من جملة ما استهلك وعليه قيمتها والتماثل متعذر فيها لا سيما مراعاة جنس فضتها لان الدنانير والدراهم لا تضرب الا بعد ردها الى التماثل فى الجنس والتماثل فى السكة غير معدوم وأما الصائغ فلا يعتبر فى وجود ما يصوغه شيأ بل يتفاوت جودة ما يصاغ من ذلك ولا يكاد يوجد فيها التماثل وكذلك جنس ما يصاغ منه يبعد فيه التماثل فلذلك لزمت فيه القيمة (مسئلة) ومن تعدى على سوارين لغيره فهشمهما فقد قال ابن القاسم فى المجموعة والموازية عليه قيمة الصياغة من ذهب أو فضة وليس كالفساد الفاحش فى العروض لانه أتلف الصنعة وقال أشهب عليه أن يصوغهما له وقد قال مالك فيهما وفى الجدار يهدمه فان لم يقدر أن يصوغهما فعليه ما نقص من قيمتهما مصوغين ومكسورين ولا أبالى قومهما بذهب أو فضة وقال ابن المواز عليه قيمة ما نقصتهما الصنعة وجه قول ابن القاسم أنه على الذهب وانما تعدى على الصياغة فكان عليه قيمتها لانها مما لا مثل له وجه قول أشهب عليه أن يصوغهما له لان الصياغة عنده مما لها مثل ولذلك قال فيمن استهلكهما لا ألزمه مثلهما لانى لا آمن أن يكون فى ذلك أكثر من ذهبه أو أقل وفى الكثير انما يصوغ ذهبهما نفسه وهذا الذى قال غير متخلص لانه يلزمه أن يأتى بذهب مثله ويصوغ مثل تلك الصناعة ووجه قول ابن المواز عليه ما نقصتهما الصياغة انه نقص طرأ على الحلى لا يتصور انفراده دونه وهو مما لا مثل له فكان عليه ما نقص كالوجنى على ثوب بتخريق ص ﴿ قال يحيى وسمعت مالكا يقول اذا استودع الرجل مالا فابتاع به لنفسه وربح فيه فان ذلك الربح له لانه ضامن للمال حتى يؤديه الى صاحبه ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان من تجر بمال استودعه فربح فيه فان الربح له وقد اختلف قول مالك فى جواز السلف من الوديعة بغير اذن المودع فحكى القاضى أبو محمد فى معونته ان ذلك مكروه وقد روى أشهب عن مالك فى العتبية انه قال ترك ذلك أحب الى وقد أجازه بعض الناس فروجع فى ذلك فقال ان كان له مال فيه وفاء وأشهد فارجو أن لا بأس به ووجه الكراهية ما احتج به القاضى أبو محمد لان صاحبها انما دفعها اليه ليحفظها لا لينتفع بها ولا ليصرفها فليس له أن يخرجها عما قبضها عليه وفى المدونة من رواية محمد بن يحيى عن مالك من استودع مالا أو بعث به معه فلا أرى أن يتجر به ولا أن يسلفه أحدا ولا يحركه عن حاله لانى أخاف أن يفلس أو يموت فيتلف المال ويضيع أمانته ووجه الرواية الثانية انا اذا قلنا ان الدنانير والدراهم لا تتعين فانه لا مضرة فى انتفاع المودع بها اذا رد مثلها وقد كان له أن يرد مثلها ويمسك بها مع بقاء أعيانها (مسئلة) وهذا فيما لا يتعين فاما ما يتعين فعلى ضربين ماله مثل كالمكيل والموزون والمعدود وما لا مثل له كالحيوان والعروض فاما ماله مثل فالأظهر عندى المنع منه ويجىء على قول القاضى أبى محمد انه يرى برد مثله اباحة ذلك وسيجىء ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وأما ما لا مثل له فلا شبهة فى المنع منه وبالله التوفيق (فرع)

وان تلفت الوديعة بعد ما تسلف منها ففي كتاب ابن المواز لا يضمن الا ما تسلف وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان استودعها مصرورة فحل صرارها ثم تسلف منها شيأ ضمن جميعها تلفت بعد ان ردفيها ما تسلف أو قبله وكذلك لو حلها ولم يتسلف منها ولو أودعها منثورة لم يضمن غير ما تسلف منها (مسئلة) ومن استسلف شيأ من ذلك ورده فقد قال يحيى بن عمر اختلف قول مالك في الذي ينفق من وديعة عنده ثم يردما أنفق فقال لا شئ عليه وبه أخذ ابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم وأصبغ وقال ابن حبيب سواء كانت منثورة أو مصرورة وقال مالك أيضا لا يبرأ وان رده لانه دين ثبت في ذمته وبهذا أخذ المدنيون من أصحاب مالك ورواه المصريون ولم يأخذوا به وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون اذا استودعها مصرورة فحل صرارها ثم تلف منها شئ بعد الرد ضمنه وان استودعها منثورة ثم رد ما تسلفه لم يضمنه وحكى القاضي أبو محمد عن مالك القول الأول من هذه الأقوال وحكى ابن الماجشون انه يلزمه الضمان على الاطلاق واحتج لقول مالك بان الذي أوجب عليه الضمان تعديه بالأخذ فاذا رد ما أخذ فقد زال التعدي وسقط عنه الضمان قال ولانه حافظ لها على الوجه الذي أمر به فلم يلزمه ضمان كحالة الابتداء وجه قول عبد الملك انه قد خرج عن الأمانة بأخذها على وجه التعدي فرده اياها لا يزيل عنه الضمان كما لو جحدها ثم اعترف بها (فرع) اذا قلنا انه سقط عنه الضمان بالرد فان ذلك فيما له مثل كالذهب والفضة والحنطة والعسل وكل ما يكال ويوزن وأما فيما يلزم فيه القيمة فلا يسقط عنه الضمان حكى ذلك القاضي أبو محمد وهو معنى ما قال في المدونة انه ان رد مثل الثياب في الصفة والطول والعرض لم يبرئه ذلك عند ابن القاسم لان من استهلك لرجل ثوبا فقد لزمته قيمته ولم يكن له أن يخرج مكانه ثوبا (فرع) فاذا قلنا يبرأ برد المثل فيما له مثل فان أقام البينة برد المثل برئ وان ادعى ذلك من غير بينة فقد قال القاضي أبو محمد في ذلك روايتان احداهما يقبل لان ذلك موكول الى أمانته كادعائه التلف والثانية لا يقبل لان ما تسلف قد تعلق بذمته فلا يبرأ منه الا ببينة أو اقرار كسائر الديون ويحتمل أن يكون القاضي أبو محمد أشار الى ما روى عيسى عن ابن القاسم في المدنية انه لا بينة عليه وقال مالك ان رده ببينة برئ والا لم يبرأ منه وبه أخذ ابن وهب ورواه محمد بن يحيى عن مالك وفي كتاب ابن المواز ان تسلفها ببينة لم يقبل قوله الا ببينة وان تسلفها بغير بينة فالقول قوله (مسئلة) فاذا قلنا يقبل قوله ففي المدونة القول قوله في رد ذلك ولم يذكر يمينا وقال في كتاب ابن المواز هو مصدق مع يمينه وقاله أشهب في كتابه قاله في المدونة لانه لو قال تلفت ولم آخذ منها شيأ لصدق وجه الرواية بنفي اليمين وهو ظاهر ما في المدونة انها يمين تهمة فلا يلزم المؤتمن ووجه الرواية الثانية ان الحق قد تعلق في ذمته فلا يصدق في براءته منه بمجرد دعواه (مسئلة) وهذا اذا تسلف منها بغير اذن صاحبها وأما من أودع وديعة فقيل له تسلف منها ان شئت فتسلف منها وقال رددتها فقد قال ابن شعبان لا يبرئه رده اياها الا الى ربها وجه ذلك انه اذا قال ذلك رب المال صار هو المسلف فلا يبرأ المتسلف الا برد ذلك اليه وعندي انه يبرأ بردها الى الوديعة لانه على حسب ذلك كانت عنده قبل أن يتسلفها فاذا ردها الى ما كانت عليه برئ من الضمان والله أعلم

(فصل) وقولنا انه ان ابتاع به لنفسه فربح فالربح له لانه ضامن له يريد ان كان المال عينا وذلك ان الوديعة لا يخلو أن تكون عينا أو غير عين فان كانت عينا فمذهب مالك ان ما ابتاع به له وان الربح في ذلك له والخسارة عليه وهذا عندي مبني على أن الدنانير والدراهم لا تتعين بالغصب ولذلك قال

انه لو كانت الوديعة طعاما فباعه بثمن فان صاحبه مخير بين امضاء البيع وأخذ الثمن أو تضمينه مثل طعامه ووجه ذلك ان هذا انما يتعين بالصفة ويتعلق بذلك معنى آخر وهو ان المودع لم يبطل على المودع غرضه من الدراهم لانه انما أمره بحفظها ولو كانت بضاعة أمره أن يشترى بها سلعة معينة أو غير معينة فاشترى بها سلعة لنفسه فان صاحب البضاعة مخير بين أن يضمنه مثل بضاعته أو يأخذ ما اشترى بها ووجه ذلك انه قد رام أن يبطل عليه غرضه من بضاعته ويستبد بربحها فلم يكن ذلك له وابتياعه لنفسه انما يؤثر فى العقود التى من شرطها التناجز فى المجلس

(مسئلة) ففى كتاب ابن المواز لو كانت الوديعة دراهم فصرفها بدنانير أو دنانير فصرفها بدراهم لنفسه فليس لربها الا ما كان له وليس له أن يأخذ ما صرفها به الا أن يرضى المودع فان صرفها لربها لا يحل له أن يأخذ ما صرفها به وان رضى بذلك ولكن يصرف هذه ان كانت دراهم بمثل دنانيره فما كان من فضل فلربها وما كان من نقص ضمنه المتعدى بخلاف التعدى فى العروض التى يكون ربها مخيرا فى التعدى عليه وجه ذلك انه اذا صرف الدراهم لنفسه صح الصرف فيها واذا صرفها لصاحبها كان بالخيار فمنع ذلك صحة الصرف فان فات بانكار من صارفه أو مغيبه لم يحل لصاحب الدراهم أخذ عوضها من الذهب لان ذلك امضاء منه لصرف الخيار وهذا مذهب مالك فى أن ربح الوديعة للمودع وبه قال أبو بكر بن عبد الرحمن وربيعة وقال أبو حنيفة يتصدق بالربح ولا شئ منه للمودع ولا للمودع وقال الشافعى ان اشترى بذلك المال بعينه فالربح لصاحبه وان اشترى بمال غير معين فقضى من الوديعة فالربح للمودع وجه ذلك قول مالك انه اغتصب عددا فلم يكن عليه غيره كما لو اشترى به ثوبا يساوى أكثر من ثمنه فلبسه أو وهبه

(فصل) وقوله لانه ضامن للمال حتى يوفيه الى صاحبه يريد على أصل مالك أو الى من يقوم مقامه فى القبض له لانه اذا ردّه الى الوديعة فقد ردّه الى صاحبه لان يد المودع تنوب عن يد صاحبه فاذا نوى رده ووجد منه من العمل ما يتم به ذلك فقد ردّه الى صاحبه وهذا على مذهب مالك وأما على مذهب ابن الماجشون فى المصروف لا يبرأ الا برده الى صاحبه فى رواية ابن حبيب عنه أو على رواية القاضى أبى محمد عنه فى اطلاق ذلك والأمر أبين والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء فيمن ارتد عن الاسلام ﴾

ص ﴿ يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من غير دينه فاضربوا عنقه ومعنى قول النبى صلى الله عليه وسلم فيما نرى والله أعلم من غير دينه فاضربوا عنقه انه من خرج من الاسلام الى غيره مثل الزنادقة وأشباههم فان أولئك اذا ظهر عليهم قتلوا ولم يستتابوا لانه لا تعرف توبتهم وانهم كانوا يسرّون الكفر ويعلنون الاسلام فلا أرى أن يستتاب هؤلاء ولا يقبل منهم قولهم وأما من خرج من الاسلام الى غيره وأظهر ذلك فانه يستتاب فان تاب والا قتل وذلك لو أن قوما كانوا على ذلك رأيت أن يدعوا الى الاسلام ويستتابوا فان تابوا قبل ذلك منهم وان لم يتوبوا قتلوا ولم يعن بذلك فيما نرى والله أعلم من خرج من اليهودية الى النصرانية ولا من النصرانية الى اليهودية ولا من يغير دينه من أهل الأديان كلها الى الاسلام فمن خرج من الاسلام الى غيره وأظهر ذلك فذلك الذى عنى به والله أعلم ﴾ ش قوله عليه السلام من غير دينه فاضربوا عنقه فقد قال مالك ان معناه فيمن خرج عن الاسلام الى غيره على وجه لا يستتاب فيه كالزنادقة وفى كتاب ابن سحنون ان معنى قوله

﴿ القضاء فيمن ارتد عن الاسلام ﴾

* حدثنا يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من غير دينه فاضربوا عنقه ومعنى قول النبى صلى الله عليه وسلم فيما نرى والله أعلم من غير دينه فاضربوا عنقه انه من خرج من الاسلام الى غيره مثل الزنادقة وأشباههم فان أولئك اذا ظهر عليهم قتلوا ولم يستتابوا لانه لا تعرف توبتهم وانهم كانوا يسرون الكفر ويعلنون الاسلام فلا أرى أن يستتاب هؤلاء ولا يقبل منهم قولهم وأما من خرج من الاسلام الى غيره وأظهر ذلك فانه يستتاب فان تاب والا قتل وذلك لو أن قوما كانوا على ذلك رأيت أن يدعوا الى الاسلام ويستتابوا فان تابوا قبل ذلك منهم وان لم يتوبوا قتلوا ولم يعن بذلك فيما نرى والله أعلم من خرج من اليهودية الى النصرانية ولا من النصرانية الى اليهودية ولا من يغير دينه من أهل الأديان كلها الى الاسلام فمن خرج من الاسلام الى غيره وأظهر ذلك فذلك الذى عنى به والله أعلم

صلى الله عليه وسلم من غير دينه فاقتلوه يعني بعد الاستتابة فان تاب ترك فحمل ذلك على المرتد المظهر لارتداده وذلك أن من انتقل الى غير دين الاسلام لا يخلو أن يسر كفره أو يظهره فان أسره فهو زنديق قال ابن القاسم في العتبية من رواية عيسى من أسر من الكفر دينا خلاف ما بعث الله به محمدا صلى الله عليه وسلم من يهودية أو نصرانية أو مجوسية أو منانية أو غيرها من صنوف الكفر أو عبادة شمس أو قمر أو نجوم ثم اطلع عليه فليقتل ولا تقبل توبته قال ابن المواز ومن أظهر كفره من زندقة أو كفر برسول الله صلى الله عليه وسلم أو غير ذلك ثم تاب قبلت توبته وروى سحنون وابن المواز عن مالك وأصحابه يقتل الزنديق ولا يستتاب اذا ظهر عليه قال سحنون ان تاب لم تقبل توبته وهذا أحد قولي أبي حنيفة وله قول آخر تقبل توبته وبه قال الشافعي والدليل على ما نقوله قوله تعالى فلما رأوا بأسنا قالوا آمنا بالله وحده وكفرنا بما كنا به مشركين فلم يك ينفعهم ايمانهم لما رأوا بأسنا قال جماعة من أهل العلم البأس ههنا السيف ودليلنا من جهة السنة ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من بدل دينه فاقتلوه واحتج مالك لذلك بأن توبته لا تعرف وقال سحنون لما كان الزنديق يقتل على ما أسر لم تقبل توبته لان ما يظهر لا يدل على ما يسر لانه كذلك كان فلا علامة لنا على توبته والمرتد يقتل على ما أظهر فاذا أظهر توبته أبطل بها ما أظهر من الكفر قال وأجمع العلماء على أن من جاهر بالفساد والسفه قبلت توبته وصار الى العدالة ومن شهد بالعدالة وشهد بالزور لم تقبل شهادته وان أظهر الرجوع عما ثبت عليه (مسئلة) واذا أقر الزنديق بكفره قبل أن يظهر عليه فهل تقبل توبته أم لا قال أصبغ في العتبية عسى أن تقبل توبته وحكى القاضي أبو الحسن ذلك (مسئلة) ومن تزندق من أهل الذمة ففي كتاب ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن عبد الحكم وأصبغ لا يقتل لانه خرج من كفر الى كفر وقال ابن الماجشون يقتل لانه دين لا يقر عليه أحد ولا يؤخذ عليه جزية قال ابن حبيب لا أعلم من قاله غيره ويحتمل أن يريد بالزندقة ههنا الخروج الى غير شريعة مثل التعطيل ومذاهب الدهرية ويحتمل أن يريد الاستسرار بما خرج اليه والاظهار لما خرج عنه والأول أظهر (فرع) واذا أسلم اليهودي الذي تزندق فقد روى أبو زيد الأندلسي عن ابن الماجشون انه يقتل كالمسلم يتزندق ثم يتوب

(فصل) وقول مالك وأما من خرج من الاسلام الى غيره فأظهر غير ذلك فانه يستتاب فان تاب والا قتل وبه قال عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعثمان بن عفان وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وروى سحنون عن عبد العزيز بن أبي سلمة انه قال لا بد أن يقتل وان تاب والدليل على ما نقوله قول الله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذوهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم ان الله غفور رحيم وقوله تعالى وهو الذي يقبل التوبة عن عباده ويعفو عن السيآت ويعلم ما يفعلون ومن جهة المعنى انها معصية لم يتعلق بها حد ولا حق لمخلوق كسائر المعاصي (مسئلة) ولا عقوبة على المرتد اذا تاب رواه في العتبية وفي الموازية أشهب عن مالك والدليل على ذلك قوله تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف ومن جهة المعنى ان هذا انتقل من كفر الى ايمان فلم يجب عليه عقوبة بما تقدم من الكفر كالنصراني يسلم (مسئلة) ويستتاب ثلاثة أيام فان تاب فيها والا قتل وهو أحد قولي الشافعي وله قول ثان يستتاب في الحال فان تاب والا قتل وقد رواه القاضي أبو الحسن عن مالك وروي عن أبي حنيفة يستتاب ثلاث مرات في ثلاثة أيام أو ثلاث جمع ودليلنا من جهة المعنى ان كل

من قبلت توبته عرضت عليه كسائر الكفار (مسئلة) وليس فى استتابة المرتد تخويف ولا تعطيش فى قول مالك وقال أصبغ يخوف فى الثلاثة الأيام بالقتل ويذكر الاسلام ويعرض عليه ووجه قول مالك ان هذا اكراه بنوع من العذاب فلم يؤخذ به فى مدة الاستتابة كالضرب وقطع الأعضاء (مسئلة) والعبد فى ذلك بمنزلة الحر والمرأة كالرجل قاله مالك والشافعى وقال أبو حنيفة لاتقتل المرتدة والدليل على مانقوله ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من بدل دينه فاقتلوه وهذا عام ومن جهة القياس انه سبب يقتل به الرجل فجاز أن تقتل به المرأة كالقتل (مسئلة) وسواء كان المرتد ممن ولد على الاسلام أولم يولد عليه قال مالك هم سواء يستتابون كلهم فان تابوا والاقتلوا رواه ابن القاسم عنه فى الموازية وغيرها وجه ذلك انه خارج عن دين الاسلام الى غيره فكان حكمه ماتقدم كالذى بدله وهو على الاسلام (مسئلة) ومن كان اسلامه عن ضيق أوغرم أوخوف ثم ارتد فقد قال مالك وابن القاسم له فى ذلك عذر وقال أشهب لاعذر له وان علم أن ذلك عن ضيق وقال أصبغ قول مالك أحب الى الا أن يقيم على الاسلام بعد ذهاب الخوف فهذا يقبل وأنكر ابن حبيب قول ابن القاسم قال سواء كان ذلك عن ضيق أوغيره ويقتل ان رجع قاله مطرف وابن الماجشون عن مالك وجه الرواية الأولى ان فعل المكره لاحكم له وهذا لما دخل فى الاسلام كرها لم يثبت له حكمه ووجه الرواية الثانية قول الرب تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الى غفور رحيم فأمر بقتلهم وان دخلوا الاسلام على ذلك ثبت لهم حكمه (مسئلة) فاذا قلنا لايقتل على الردة من أسلم عن ضيق خراج أوجزية أومخافة فقد قال أصبغ يؤمر بالرجوع الى الاسلام ويحبس ويضرب فان رجع والاترك وجه ذلك أنا لانعلم قطعا انه لم يرد الاسلام فلذلك ندعوه اليه ونشدد عليه فى مراجعته ولايبلغ القتل لما ثبت من ظاهر أمره والله أعلم وأحكم ص ﴿ مالك عن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله بن عبد القارى عن أبيه أنه قال قدم على عمر بن الخطاب رجل من قبل أبى موسى الأشعرى فسأله عن الناس فأخبره ثم قال له عمر هل كان فيكم من مغربة خبر فقال نعم رجل كفر بعد اسلامه قال فافعلتم به قال قربناه فضربنا عنقه فقال عمر أفلا حبستموه ثلاثا وأطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه لعله يتوب ويراجع أمر الله ثم قال عمر اللهم انى لم أحضر ولم آمر ولم أرض اذ بلغنى ﴾ ش قوله أن رجلا قدم على عمر من قبل أبى موسى فسأله عن الناس فأخبره على حسب مايلزم الامام من السؤال عمن غاب عنه من رعيته ليعرف أحوالهم ويسأل عن ذلك الوارد والصادر حتى لايخفى عليه شئ من أحوال الناس لانه اذا خفيت عليه أحوالهم لم يمكنه تلافى ماضاع منها

(فصل) وقوله ثم قال له هل فيكم من مغربة خبر سأله أولا عن المعهود من أحوال الناس ومايعمهم ثم سأله عما عسى أن يطرأ من الأمور التى تستغرب وليست بمعتادة فأخبره أن رجلا كفر بعد اسلامه وهذا يقتضى انه كان نادرا عندهم ممايستغرب ولا يكاد يسمع به ولذلك حكم فيه أبو موسى بحكم مخالف لما يراه عمر بن الخطاب ولو كان أمرا يكثر ويتكرر لكان عند أبى موسى وغيره من الأمراء مايعتقده فى ذلك عمر لانه يظهر موافقة أصحابه فيشيع ذلك أو يظهر مخالفة من أخطأ فيشيع ذلك

(فصل) وقوله فما فعلتم به بحث عن حكمهم فيه وتعرف له ليأمر باستدامة الصواب والاقلاع عن الخطأ فقال قدمناه فضربنا عنقه ولم يذكر استتابة ولاغيرها وقد كان يحتمل أن يقتل بعد الاستتابة

* وحدثنى مالك عن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله بن عبد القارى عن أبيه أنه قال قدم على عمر بن الخطاب رجل من قبل أبى موسى الاشعرى فسأله عن الناس فأخبره ثم قال له عمر هل كان فيكم من مغربة خبر فقال نعم رجل كفر بعد اسلامه قال فافعلتم به قال قربناه فضربنا عنقه فقال عمر أفلا حبستموه ثلاثا وأطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه لعله يتوب ويراجع أمر الله ثم قال عمر اللهم انى لم أحضر ولم آمر ولم أرض اذ بلغنى

وابايته من المراجعة لكن عمر رضي الله عنه فهم منه ترك الاستتابة والمسارعة الى قتله بنفس كفره وقد احتج أصحابنا على وجوب استتابته بقول عمر هذا وأن لا مخالف له وهذا لا يصح الا بأحد وجهين اما أن يحمل فعل أبي موسى على انه قتل بعد الاستتابة ولعل الناقل لم يعلم بها وان ثبت بعد ذلك رجوع أبي موسى وغيره ممن وافقه على خلاف قول عمر رضي الله عنه والا فأبو موسى ومن وافقه على ذلك يمنع انعقاد الاجماع على قول عمر

(فصل) وقوله أفلا حبستموه ثلاثا وأطعمتموه كل يوم رغيفا يحتمل أن يأخذ الثلاث من قول الله تعالى تمتعوا في داركم ثلاثة أيام ذلك وعد غير مكذوب ولان الثلاث قد جعلت أصلا في الشرع في اعتبار معان واختبارها في المصراة وفي استظهار المستحاضة وعهدة الرقيق وغير ذلك من المعاني واطعامه الرغيف كل يوم معناه أن لا يوسع عليه من الانفاق توسعة يكون فيها احسان اليه وانما يعطى ما يبقى به رمقه على وجه لا يستضر به ولا يكون منه تعذيب له وقد روى في المدنية عن ابن القاسم انه قال ليس العمل على قول عمر في أن يطعم المرتد كل يوم رغيفا ولكن يطعم ما يكفيه ويقوته ولا يجوع وانما يطعم من ماله قال ابن مزين يعني في غير توسع ولا تفكه قال مالك في الموازية يقوت من الطعام بما لا يضره والله أعلم وانما أراد ابن القاسم بقوله ليس العمل على قول عمر يطعم كل يوم رغيفا بمعنى أن لا يجعل ذلك حدا ولم يرد عمر أن يجعله حدا وانما أشار الى قلة مؤنته ويسارة ورائه في ماله ان كان له مال أو بيت مال المسلمين ان لم يكن له مال

(فصل) وقوله واستتبتموه لعله يتوب ويراجع أمر الله تعالى يريد به الرجوع الى الاسلام لانه الذي أمر الله به وهذا يدل على انه من خرج من كفر الى كفر لا يستتاب ولا يعرض له وقد قال مالك ان معنى قوله صلى الله عليه وسلم من غير دينه فاقتلوه يريد الدين الذي رضيه الله ودعا اليه وأما من خرج من ملة الكفر الى غيره فلم يغير بذلك دينه الذي شرع له قال مالك سواء خرج الى دين مجوس أو كتاب

(فصل) وقوله اللهم اني لم أحضر ولم آمر ولم أرض اذ بلغني تبرؤ من الأمر وتصريح بخطأ فاعله ولا يكون ذلك الا بنص من النبي صلى الله عليه وسلم أو اجماع بعده وقد قال سحنون ان أبا بكر استتاب أهل الردة وقد روى عيسى عن ابن القاسم أن الصديق استتاب أم قرفة اذ ارتدت فقتلها فلعله قد علم بانعقاد الاجماع على ذلك في زمن أبي بكر وفعل أبو موسى غير ذلك فأنكره عليه عمر والا فاذا كان أبو موسى من أهل الاجتهاد وحكم باجتهاده فيما لا نص فيه ولا اجماع لغير ما يراه عمر لم يبلغ عمر من الانكار عليه هذا الحد ولو لم يجز لأبي موسى ذلك لما جاز أن يوليه الحكم حتى يطالعه على قضيته وفي هذا من فساد أحوال الناس وتوقف الأحكام ما لا خفاء فيه والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلا ﴾

ص ﴿ مالك عن سهيل بن أبي صالح السمان عن أبيه عن أبي هريرة أن سعد بن عبادة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم أرأيت ان وجدت مع امرأتي رجلا أمهله حتى آتي بأربعة شهداء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم ﴾ ش قوله أرأيت ان وجدت مع امرأتي رجلا أأمهله حتى آتي بأربعة شهداء على سبيل الاستعلام من قبله لان ابن عباده كان يقول ان وجده لم يقدر على الصبر على ذلك

﴿ القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلا ﴾
* حدثنا يحيي عن مالك عن سهيل بن أبي صالح السمان عن أبيه عن أبي هريرة أن سعد بن عبادة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم أرأيت ان وجدت مع امرأتي رجلا أمهله حتى آتي بأربعة شهداء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم

ويضرب به بسيف غير مصفح فأتى هذا القول على سبيل الحجة ليخبر به عن نفسه من شدة غيرته والاظهار لعذره

(فصل) وقول النبي صلى الله عليه وسلم نعم على معنى المنع له من قتله وانه لا يقتل في قوله انه وجده مع امرأته والا فله أن يدفعه ويصرفه عن منزله ولا يجب عليه تخليته معها وانما ذلك على وجه المنع له من قتله بما يدعيه من فعله ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن رجلا من أهل الشام يقال له ابن خيبرى وجد مع امرأته رجلا فقتله أو قتلهما فأشكل على معاوية بن أبي سفيان القضاء فيه فكتب الى أبي موسى الاشعري يسئل له على بن أبي طالب عن ذلك فسأل أبو موسى عن ذلك على بن أبي طالب فقال له على ان هذا الشيء ماهو بأرضي عزمت عليك لتخبرني فقال له أبو موسى كتب الى معاوية بن أبي سفيان أسئلك عن ذلك فقال على أنا أبو حسن ان لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته ﴾ ش قوله ان رجلا من أهل الشام وجد مع امرأته رجلا فقتله أو قتلهما ثم قامت عليه بينة بذلك أو اعترف به فأشكل على معاوية القضاء في ذلك وكتب الى أبي موسى الاشعري يسئل له عن ذلك على بن أبي طالب وهذا يدل على فضله وتوقفه فيما لا يعلمه وسؤاله عن ذلك من يثق بعلمه ويتسبب اليه بكل ما يمكنه وان كان المسؤل منابذا له

(فصل) وقول على رضي الله عنه ان هذا الشيء ماهو بأرضي يريد انه لو كان لبلغه خبره وتقدم الاستعداء على ذلك على من فعله لاسيما وهو مما لم يتقدم فيه حكم شهير فيتعلق به من أراد الحكم فيه ثم قال لأبي موسى عزمت عليك لتخبرني على معنى تبيين القصة والبحث عنها بأكثر ما يمكن وربما احتاج ان كان من أهل عمله الى أن يشخص الخصوم في ذلك ليبالغ في تقيم القضية

(فصل) وقوله أنا أبو حسن مما تستعمله العرب عند اصابة ظنه كما أصاب ظنه بان ذلك لم يكن بأرضه وروى ذلك ابن مزين عن عيسى ثم قال ان لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته يريد والله أعلم ان لم يأت بأربعة شهداء يشهدون على الزنى بين المقتولين أعطى برمته يريد يسلم الى أولياء المقتولين يقتصون منه ان شاؤا (مسئلة) ولو قطع رجله أو جرحه فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون أن قاتله فكسر رجله أو جرحه ان ذلك جبار وان قتله فانه يقتل به الا أن يأتي بأربعة شهداء يشهدون على الزنى بينهما وجه ذلك ان وجوده في داره أوجب له أن يسلط عليه بالضرب والاذى والابعاد فان قاتله ومنعه من نحو وجه كان له مدافعته عن ذلك بما يؤدي الى الجراح وما أشبهها وأما القتل فلا يستباح الا ببينة لما ورد الشرع به من حقن الدماء (مسئلة) وفي العتبية والموازية عن ابن القاسم قول على عندي ذلك في الثيب والبكر لأنه اذا جاء بأربعة شهداء انه وطئها لم يقتص منه لو احد منهما قال وهو عندي معنى قول على انه لا يقتل بقتل الثيب ولا البكر اذا قامت بينة بما زعم وذلك أن من حل به مثل هذا يخرج عن عقله ولا يكاد يملك نفسه والجاني أحق من حمل عليه (فرع) فاذا قلنا انه لا يقتل بها وان كانا بكرين فقد قال ابن القاسم في المدنية عليه الدية في البكر وقاله ابن كنانة وقال ابن عبد الحكم لاشيء عليه وان كان بكرا اذا كان قد كثر التشكي منه قاله ابن مزين وقال غير ابن القاسم دمه هدر في البكر والثيب وقد أهدر عمر بن الخطاب غير دم في شبه هذا من التعدي وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون يؤدب من قتل من وجب عليه القتل دون الامام وهذا في الثيب ويقتل في البكر وجه قول ابن القاسم ان من قتل من لا يجب عليه القتل فاذا لم يجب القصاص للشبهة لزمت الدية وجه قول من أهدر دمه انه عمد

* حدثني مالك عن يحيى ابن سعيد عن سعيد بن المسيب أن رجلا من أهل الشام يقال له ابن خيبرى وجد مع امرأته رجلا فقتله أو قتلهما فاشكل على معاوية بن أبي سفيان القضاء فيه فكتب الى أبي موسى الاشعري يسأل له على بن أبي طالب عن ذلك فسأل أبو موسى عن ذلك على بن أبي طالب فقال له على ان هذا الشيء ما هو بأرضي عزمت عليك لتخبرني فقال له أبو موسى كتب الى معاوية ابن أبي سفيان أسألك عن ذلك فقال على أنا أبو حسن ان لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته

لا يجب به القصاص فلم تجب به الدية وأصل ذلك من قتله قصاصا ووجه قول ابن الماجشون
ان الثيب قد وجب عليها القتل بالزنى والاحصان فليس على قاتله قتل وانما على قاتله في ذلك
العقوبة لافتياته في ذلك دون الامام وأما البكر فليس عليه القتل بالزنى فمن قتله
قتل به (فرع) فاذا قلنا تجب عليه الدية فقد قال ابن القاسم والمغيرة وابن
كنانة دية الخطأ ووجه ذلك ان القاتل لما فجأه من الغضب الذي سببه
من الزاني يصير في حكم المغلوب الذي لا عقل له فكانت جنايته
خطأ وحكى ابن مزين عن أصبغ ان الدية في مال
القاتل ووجه ذلك انه خطأ غير متيقن ليست
شبهته بالقوية فأشبه اقرار القاتل بالخطأ
انه في ماله والله أعلم وأحكم وهو
حسبنا ونعم الوكيل ولا
حول ولا قوة الا
بالله العلي
العظيم

﴿تم الجزء الخامس من المنتقى للامام الباجي ويليه الجزء السادس منه وأوله القضاء في المنبوذ﴾

﴿ فهرست الجزء الخامس من شرح المنتقى للباجي رحمه الله ﴾

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

﴿ تمت الفهرست ﴾